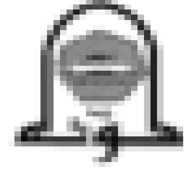


جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

مركز القانون التجاري الدولي أمام القضاء الوطني
(دراسة تحليلية في القانون الدولي الخاص)

إعداد الطالب
إيهاب فهمي أحمد ريّان

إشراف الأستاذ الدكتور
نور الرحوم

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا
استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في الحقوق / قسم القانون الخاص

جامعة مؤتة، 2015م

بسم الله الرحمن الرحيم



MUTAH UNIVERSITY
College of Graduate Studies

جامعة مؤتة
كلية الدراسات العليا

قرار إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالب ايهاب فهمي ريان الموسومة بـ:

مركز القانون التجاري الدولي امام القضاء الوطني (دراسه تحليلية في القانون الدولي الخاص)

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في **القانون**.

القسم: القانون الخاص.

	التوقيع	التاريخ	
أ.د. نور حمد الحجايا		30/07/2015	مشرفاً ورئيسا
د. باسل محمود النوايسة		30/07/2015	عضواً
د. اسيد حسن الذنيبات		30/07/2015	عضواً
د. محمد ابو الهيجاء		30/07/2015	عضواً

عميد الدراسات العليا



د. علي الضمور

MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail:
http://www.mutah.edu.jo/gradest/derasat.htm

dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo

مؤته – الكرك – الاردن
الرمز البريدي :٦١٧١٠
تلفون :٠٣/٢٣٧٢٣٨٠-٩٩
فرعي 5328-5330
فاكس 375694 ٠٣/٢
البريد الالكتروني
الصفحة الالكترونية

الإهـــــــــداء

* إلى من قال فيهم الله عز وجل " ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًا ﴿٢٤﴾ " سورة الإسراء.

للذي زرع سبع غراس، رعاها فأحسن رعايتها، سقاها بجهده إلى أن نمت واشتد عودها.... **إليك أبي أطال الله في عمرك.**

إليها تلك صاحبة القلب الذي يفوح في أرجائه الحنان، إليك يا عنوان الخير والبركة على مر الأزمان ... **إليك أمي أطال الله في عمرك.**

* إلى من اشتاقت العين لرؤياهم والأذن لسماع أحاديثهم .. **إليكم إخوتي.**

* إلى نصف الفؤاد، شريكة الحياة ... **خطيبتي.**

* إلى الصديقين العزيزين ... **محمد الهاجري وجمعة عمرو.**

* إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين،،،

إليكم جميعاً أهدي رسالتي هذه

إيهاب

الشكر والتقدير

بدايةً نحمد الله ونشكره، وما توفيقي إلا به، ونصلي على سيدنا محمد ﷺ ، ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بفائق الشكر والتقدير إلى معلمي وأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور نور الرحوم، لتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله من جهد مخلص لإنجاز هذا العمل، وإنجاز هذه الرسالة لترى النور، فقد كانت المتابعة مستمرة خطوة بخطوة، وكان يبدي الملاحظات بكل سعة صدر، ومما أدى بالنتيجة إلى توجيه الرسالة لمسارها الصحيح، وفقه الله وجزاه عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة اللذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة، وسأتقبل كافة ملاحظاتهم القيمة التي سيكون من شأنها الرفعة بهذه الرسالة.

وأخيراً أتقدم بالشكر والتقدير لجامعة مؤتة، للبيت الذي علمني أبجديات القانون، إلى كلية الحقوق التي استضفتنا على مدار أكثر من ست سنوات، ولكل من قدّم لي النصيحة أو مساعدة في إنجاز هذه الرسالة، إليكم تتناثر الكلمات حباً على صفائح الورق، فلكم مني الشكر ألفاً فشكراً على البذل ولعطاء وشكراً على السعي والشقاء وشكراً على السهر والعناء.

إيهاب

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الملخص

مركز قانون التجارة الدولي أمام القضاء الوطني

إيهاب فهمي ريّان

جامعة مؤتة، 2015م

تتناول هذه الدراسة مسألة هامة جداً على الجانبين النظري والعملي، وهي معرفة مدى إمكان القاضي تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي تطبيقاً مباشراً دون وساطة، وما هو أساس هذا التطبيق.

لذا فإن الدراسة بينت ماهية قواعد قانون التجارة الدولي من جهة ومن جهة أخرى فإن الدراسة بحثت في مصادر قانون التجارة الدولي لتصل بالنتيجة إلى بيان مدى إلزامية تلك المصادر وسند ذلك الإلزام؛ كون هذه المصادر وحدة واحدة تشكل ما يسمى قانون التجارة الدولي، ومن جهة ثالثة بينت الدراسة أساس تطبيق ذلك القانون على نزاع ماثل أمام القاضي الوطني، كما وبينت الدراسة مدى تشكيل ما يسمى بقواعد قانون التجارة الدولي نظاماً قانونياً مستقلاً من عدمه.

وقد خلصت الدراسة إلى أن أساس تطبيق قانون التجارة الدولي هو تطبيق مباشر؛ لكن ولقصور قواعد قانون التجارة الدولي على التطبيق المباشر من حيث عدم توفر قواعد موضوعية (مادية) غب جميع الأحوال لا بد لنا من اللجوء لمنهاج التنازع لتلمس الحلول في قواعده.

Abstract

The Legal Status of The International Trade Law in front of The National Judiciary

Ihab F. Rayyan
Mu’tah University, 2015

This study deals with a significant issue theoretically and practically; it determines the extent of whether the judge is allowed to apply The International Trade Law rules directly without a means, and what the basis of such practice is.

Therefore, firstly, this study has discussed what the rules of The International Trade Law are. Secondly, it has looked for at the sources of The International Trade Law to find out, the extent to which these rules are binding and the legal basis of such an obligation; thus, all these sources constitute as “a single unit” the so-called The International Trade Law. Thirdly, this study has shown the basis of the practice of The International Trade Law on the dispute before the national judge. Furthermore, the study has discussed the extent of whether The International Trade Law Rules are forming a legal system or not.

This study has concluded that the legal basis of The International Trade Law is direct practice; however, and due to the limitations in such a direct application of The International Trade Law Rules, another basis is needed, it is the Conflict Methodology or what is called (The Conflict of Law Rules).

المقدمة:

الإنسان كائن اجتماعي؛ حيث أنه لا يستطيع العيش بمفرده، قال تعالى: " يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ "[1]، وعليه فإن وجود المجتمع أمر حتمي، طالما الإنسان لا يعيش إلا في جماعة، الأمر الذي يستوجب دخوله في علاقات مع الآخرين وروابط شتى، وقد تتعارض مصالحه مع مصالح غيره ولو ترك الأمر لتسوية خلافاته بنفسه لجعل الغلبة لمصلحته وبالتالي الغلبة تصبح للقوي وتسود شريعة الغاب؛ فكان القانون وسيلة فعّالة لتنظيم العيش في الجماعة وتسوية خلافاتهم وصون حرياتهم وحمايتها، حتى قيل: " الفوضى من صنع الشيطان، وأن القانون يعمل في صفوف الملائكة "[2].

من الأمور المسلم بها أن التجارة قديمة، فقد عُرفت على مدار عصور انصرمت وقرون مضت ابتداء بالمقايضة وانتهاءً بالتجارة عابرة الحدود، ويطلق على هذه الأخيرة التجارة الدولية، فالتجارة إما أن تكون داخلية تجري داخل حدود الدولة وإقليمها، أو تجارة تتجاوز هذه الحدود وتقع بين دولتين أو أكثر والتي يطلق عليها التجارة الدولية، وعليه فإنه من المنطقي أن تسري في شؤون التجارة الداخلية تشريعات التجارة الوطنية التي توضع خصيصاً لها مراعية حاجاتها وظروفها، لكن من غير المقبول أن تطبق أحكام هذه التشريعات على التجارة الدولية؛ لعلة مفادها أن هذه التشريعات من شأنها إشاعة القلق بين أوساط المتعاقدين بها ومن الصعوبة بمكان التسليم بذلك؛ لاسيما أن قوام التجارة الثقة والائتمان، فكيف يطمئن أطراف عملية تجارية دولية (عقد بيع دولي على سبيل المثال) على حقوقهم إذا كانوا لا يعلمون أي قانون سيطبق عليهم؟ فأمسى هذا القلق من معوقات التجارة الدولية.

---

(1) سورة الحجرات ، الآية 13 .

(2) لورد ماكميلان، مشار لدى الوكيل، شمس الدين، (1963)، النظرية العامة للقانون، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، مصر ، ص3.

حاول فقهاء القانون منذ القدم إزالة هذا القلق ولعلّ أبرز محاولة لذلك إحلال قانون موحد للتجارة الدولية فمتى توحدت القواعد الموضوعية لم يعد للتنازع بينها مكان، فكانت تلك فكرة ظهور قواعد التجارة الدولية بل ظهر إلى ميدان القانون علم جديد عرف بقانون التجارة الدولية (International Trade Law)، يستمد مصدره كما سيتبين معنا لاحقاً من الأعراف الدولية والعادات التجارية والاتفاقيات الدولية التي أبرمت في مجال التجارة الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة، وكذلك أحكام المحكمين والقوانين النموذجية، حيث أن موضوع الدراسة ينصب على بيان مركز القانون التجاري الدولي أمام القضاء الوطني .

أهمية الدراسة:

تتمركز أهمية هذه الدراسة في معرفة مدى تطبيق القاضي الوطني قواعد قانون التجارة الدولية على نزاع ماثل أمامه ومتعلق بالتجارة الدولية، هذا من جانب ومن جانب آخر للموضوع أهمية نظرية تتمثل في الوقوف على قانونية قواعد التجارة الدولية من عدمه، أي بمعنى آخر هل تشكل قواعد قانون التجارة الدولية نظاماً قانونياً متكاملاً أم لا، وهناك أهمية عملية تتمحور حول مدى إلزام القاضي الوطني بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية من تلقاء نفسه، وأخيراً ومن الأهمية بمقام البحث في هذا الموضوع؛ لندرة الأبحاث التي كتبت في هذا الموضوع على وجه الخصوص مما دفع الباحث إلى تناول الموضوع تحليلاً؛ ليصل إلى تحديد مركز قانون التجارة الدولية أمام القضاء الوطني.

مشكلة الدراسة:

حدد الباحث مشكلة الدراسة ببيان مدى إلزام القاضي الوطني بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولي مباشرةً أم عن طريق الرجوع لمنهج التنازع؟ وبناء على ذلك انبثقت التساؤلات الآتية:

1- ما هي قواعد قانون التجارة الدولي، وما هي خصائصها؟
2- ما هي مصادر قانون التجارة الدولي؟
3- مدى تمتع قواعد قانون التجارة الدولي بصفة النظام القانوني؟

4- هل القاضي الوطني ملزم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية من تلقاء نفسه أم لا؟ فإن كانت الإجابة بالإيجاب فما هو أساس ذلك أي بمعنى آخر هل يطبقه مباشرة أم لا بد له من اللجوء إلى قاعدة إسناد ليتمكن من تطبيق تلك القواعد ؟

الدراسات السابقة:

حيث لم يجد الباحث أية دراسة حول هذا الموضوع على وجه الخصوص لا من قريب ولا من بعيد، حيث كانت أقرب دراسة لهذا الموضوع للدكتور هشام علي صادق بعنوان مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وكانت هذه الأقرب للرسالة من حيث عنوانها بينما من حيث متن الموضوع فالاختلاف بّين والأمر مختلف حيث نتكلم في هذه الدراسة عن مركز القانون التجاري الدولي بينما كانت تلك عن مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على وصف وبيان ماهية قواعد قانون التجارة الدولية ومصادرها ومن ثم بيان الأساس الذي يستمد منه القاضي الزاميتها وصولاً إلى مركزها أمام القضاء الوطني، والتزم الباحث بما يلي:

1- إتباع المنهج العلمي في كتابة هذه الدراسة.

2- العناية بسلامة اللغة.

3- عزو الآراء الفقهية إلى مواضعها من الكتب المتخصصة.

وعلى هذا النحو، وللإجابة عن تساؤلات هذه الدراسة تم تقسيم الدراسة إلى النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية قانون التجارة الدولي ومصادره وسنتناوله في الشكل الآتي:

- **المبحث الأول:** التعريف بقواعد قانون التجارة الدولي وخصائصه.
- **المبحث الثاني:** مصادر قانون التجارة الدولي.
- **المبحث الثالث:** مدى تمتع قانون التجارة الدولي بصفة النظام القانوني.

أما الفصل الثاني سيتناول أساس تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي أمام القضاء الوطني، وذلك في مبحثين:

- **المبحث الأول:** التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولي.
- **المبحث الثاني:** تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي عن طريق منهاج التنازع.

وفي الخاتمة سنعرض ملخصاً لأهم النتائج التي ستكشف عنها هذه الدراسة مع الإشارة إلى بعض التوصيات والمقترحات في ضوء تلك النتائج.

والله ولي التوفيق،،،

الفصل الأول

ماهية قانون التجارة الدولي ومصادره

احتلّ قانون التجارة الدولي مكانة له في فروع القانون، فأصبح بذاته يشكل فرعاً مستقلاً عن فروع القانون الأخرى، وعليه فهو كأي قانون، بمعنى آخر أن هنالك قواعد قانونية تنظم رابطة معينة، لكن يثار التساؤل عمّا إذا كانت قواعد ذلك القانون تشكل نظاماً قانونياً كاملاً أم لا؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد لنا من معرفة ماهية قواعد قانون التجارة الدولي ابتداءً وبيان مصادرها ومن ثم معرفة إذا ما كانت تشكل نظاماً قانونياً كاملاً أم لا وذلك من خلال عرض الآراء الفقهية المختلفة.

1.1 التعريف بقانون التجارة الدولي وخصائصه

يوجد الكثير من التعريفات الفقهية لقانون التجارة الدولي (International Trade Law)، تعددت باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها إليه، وفيما يلي أبرز التعريفات التي قيلت في قانون التجارة الدولي، ومن ثم نبين من خلالها أبرز خصائص قانون التجارة الدولي.

1.1.1 مفهوم قانون التجارة الدولية

يعد قانون التجارة الدولي كما يرى البعض أنه " مجموع القواعد ذات الطبيعة العرفية والأصل المهني، والتي لا يلزم لتطبيقها اللجوء المباشر إلى القوة العامة"[1].

ويلاحظ على هذا التعريف تركيزه على أصل نشأة القانون التجاري الدولي والذي وجد –كما سيتبين لاحقاً – من خلال العادات والأعراف التجارية التي اتبعها التجار في معاملاتهم بشكل مستمر دون إلزامهم من قبل أية سلطة رسمية، الأمر الذي يبرر القول

---

(1) Ehaielle, A.,(1979) مشار لدى الطراونة، مصلح أحمد، (2001)، قانون التجارة الدولية، عمان، دار رند للنشر، ط1،ص15.

بأن قانون التجارة الدولية قانون تلقائي النشأة كونه أسبق من نشأة الدول وتشريعاتها بالنتيجة.

ويقترب من هذا التعريف ما عرّفه الأستاذ (جولدمان) حين أدلى بدلوه في هذا المقام؛ حيث عرّف قانون التجارة الدولية بأنه " مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التي تغذى باطراد وتستمر في تغذية الهياكل والسير القانوني الخاص بجماعة ممارسي التجارة الدولية[1].

ومن الفقهاء من عرّفه عن طريق وظيفته بالمقارنة بقواعد القانون الدولي الخاص وعليه فإن قواعد قانون التجارة الدولية هي تلك القواعد التي تضع مباشرةً تنظيماً خاصاً ومستقلاً عن كل قانون داخلي، لبعض العلاقات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية[2]، أي بمعنى آخر قواعد تضع أحكاماً موضوعية خاصة بالعلاقات الدولية.

أما على الصعيد الدولي فلا بد من الإشارة في هذا المقام أنه في عام 1965 كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة بصدد البحث في إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية[3]، ودارت مناقشات في الجمعية العامة حول تقرير أعدته الأمانة العامة للمنظمة

---

(1) Goldman, B. (1979)، مشار لدى الطراونة، مصلح أحمد، قانون التجارة الدولية، ص16.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، (1976)، العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، ص346.

(3) لجنة تقرر إنشاؤها في كانون الأول لسنة 1966 باسم " لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية"، حيث أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في عام 1966 القرار رقم (2205 د-21) والمؤرخ بتاريخ 17 كانون الأول/ديسمبر 1966، ولدى إنشاء اللجنة، سلّمت الجمعية العامة بأن التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظّم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفق التجارة، واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق وإزالتها، وتتكون اللجنة من ستين دولة عضوا تنتخبها الجمعية العامة= =وقد نظّمت العضوية بحيث تكون ممثّلة للأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم ونظمه الاقتصادية والقانونية الرئيسية وينتخب أعضاء اللجنة لفترة ولاية مدتها ست سنوات، وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء كل ثلاث

الدولية في هذا الصدد، حيث جاء في التقرير تعريف لقانون التجارة الدولية بأنه " مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الدولي الخاص والتي تجري بين دولتين أو اكثر [1].

لكن يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبين ماهية تلك القواعد بشكل مباشر، لكن أجمع شراح قانون التجارة الدولية على أنها قواعد موضوعية[2]، وعليه فإنه يختلف عن القانون المقارن والذي يعتبر هذا الأخير أسلوب البحث العلمي[3]، وهذا ما سنبينه عند الحديث عن خصائص قانون التجارة الدولية.

أما التعريف الذي نرجحه في هذا المقام هو تعريف الأستاذ أحمد سلامة[4] والذي عرّفه بأنه "مجموعة القواعد الموضوعية المستقاة من مصادر متعددة ويقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة".

فنرى من خلال التعريف السابق أنه لم يقتصر ولم يركز على مصادر معينة، بل جعل الأمر بشكل عام وهذا من جهة، ومن جهة أخرى أظهر وظيفته مقارنةً بقواعد القانون الدولي الخاص، ومن جهة ثالثة ركز على موضوعية وقانونية قواعد قانون التجارة الدولية.

سنوات، وبخصوص الأردن فتنتهي عضويتها حسب إحصائية 2015/6/29 عام 2016 ، للمزيد راجع الموقع الالكتروني للأونسيترال http://www.uncitral.org/ .

(1) النص الأصلي كما جاء في التقرير " The body of rules governing commercial relationships of a private law nature involving different countries " ، شفيق، محسن، (1972)، دراسة في قانون التجارة الدولية، عمان، الدار المتحدة للنشر، ط1، ص7.

(2) حداد، حمزة أحمد، (1980)، قانون التجارة الدولية، عمان، الدار المتحدة للنشر، ط1، ص28.

(3) شفيق، محسن، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص5.

(4) سلامة، أحمد عبد الكريم، (1996)، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ص26.

2.1.1 خصائص قانون التجارة الدولية

من خلال ما عرضناه من تعريفات لقانون التجارة الدولية، يمكن لنا أن نستخلص أبرز الخصائص لهذا القانون، والتي تميزه عن غيره من القواعد القانونية، نجملها بالآتي:

أولاً: قانون التجارة الدولية تلقائي النشأة:

لما كانت نشأة أي قانون تلقائية؛ وذلك من خلال عادات وأعراف يتبعها أفراد المجتمع باستمرار واطراد، فحال قانون التجارة الدولي كذلك، فأمسى الفقه يعرف قانون التجارة الدولي على أنه " ذلك القانون المادي التلقائي (Droit mate'riel spontane') الذي يتكون من مجموع القواعد ذات الطبيعة العرفية وذات الأصل المهني "[1] .

ومما يدلل على أنه تلقائي النشأة أمرين[2]:

أ- أنه لا يأتي بطريق شكلي أو رسمي، كما هو معهود في القوانين الوطنية، وهذا يعني أنه لا يوجد في خصوصية جهاز خاص، وعليه فإنه تلقائي لا يمر بالمراحل الشكلية لخلق القواعد القانونية العادية من تقديم اقتراح أو مشروع قانون ودراسة ومناقشة ومن ثم إصدار فنشر.

ب- أن تطبيق ذلك القانون لا يحتاج إلى تدخل السلطة أو القوة العامة وبالنتيجة فهو تلقائي التطبيق.

ثانياً: قواعد قانون التجارة الدولي قواعد نوعية (طائفية):

من المسلمات في القانون، أنه يعد ظاهرة اجتماعية يوجد بالضرورة في مجتمع لتنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، بل ويوجد لحل مشكلات خاصة بين الأفراد، ولما كانت تلك العلاقات تتباين من مجتمع لآخر فمن الطبيعي اختلاف القواعد والأحكام بين مجتمع وآخر، وعليه فإن المجتمع الدولي يختلف عن المجتمع الداخلي لها؛ وبالتالي فإن القواعد التي تنظم وتحكم العلاقات التجارية في المجتمع الداخلي تختلف عن تلك التي تنظم العلاقات في المجتمع الدولي – أي القانون التجاري الدولي – ، فالمجتمع الدولي للتجارة

---

[1] Chapelle,(1979) أشار إليه سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص306.

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص306-307.

له معطياته ومشكلاته الذاتية، ومن هنا جاء القول أن قانون التجارة الدولي قانون نوعي، فهو لا يخاطب إلا فئة معينة وهم ممارسي التجارة الدولية، ولا يحل النزاعات إلا تلك التي تنشأ في الوسط التجاري الدولي، وكذلك يعتبر نوعي بالنسبة لموضوعه (مادته) حيث أن هنالك قواعد تجارية دولية خاصة بتجارة الحبوب مثلاً، وأخرى بتجارة الصوف[1].

والمشاهد لواقع التجارة الدولية المعاصرة يلاحظ أن بعض الدول ما زالت تحتكر التجارة الخارجية من خلال أجهزتها ومؤسساتها العامة، فأصبحت تقوم ببعض العلاقات التي تدخل ضمن علاقات القانون الخاص وإن دخول هذه الدول مثل هذه الأنشطة لا يغير من نوعية تلك العلاقات[2]، وبالتالي تبقى محكومة بقواعد قانون التجارة الدولية[3].

2.1 مصادر قانون التجارة الدولي

يقصد بمصادر قانون التجارة الدولي مجموعة الأصول والقواعد التي تساهم في تكوين وتشكيل الهيكل العام لقانون التجارة الدولية، والتي تنظم بالتالي العقود والمعاملات التجارية الخاصة الدولية[4]، وتشمل هذه المصادر الاتفاقيات الدولية، العقود النموذجية والشروط العامة، الأعراف وعادات التجارة الدولية، قواعد العدالة العدالة، والمبادئ القانونية المشتركة، حيث تتضافر هذه المصادر جميعها لتشكيل نظام قانوني مستقل يسمى " قانون التجارة الدولي" وهذا ما سنبحثه آتياً.

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص302 وما بعدها.

(2) لا بد من الإشارة هنا إلى أنه يستبعد من نطاق تطبيق قانون التجارة الدولية المسائل المتعلقة بالتدابير الاقتصادية العامة بين الدول كاتفاقية الجات (GATT)، لأن مثل هذه الاتفاقيات تتعلق بالسياسة الاقتصادية العامة للدول فتخرج من نطاق العلاقات المنتمية إلى القانون الخاص، للمزيد راجع ، حبيب، ثروت، (1995)، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع الاهتمام بالبيوع الدولية، مكتبة الجلاء للنشر ، المنصورة، مصر ، ط1، ص16.

(3) طراونة، مصلح أحمد، قانون التجارة الدولية، ص23.

(4) الطراونة، مصلح، قانون التجارة الدولية، ص65.

1.2.1 الاتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية المصدر الرئيسي للقانون التجاري الدولي، وقد أصبحت اليوم في المكانة الأولى بين مصادر قانون التجارة الدولي، على هذا النحو سوف نبين في هذا المطلب مفهوم الاتفاقيات الدولية في فرع أول، على أن نعرض في الفرع الثاني أقسام الاتفاقيات الدولية وبيان قيمتها القانونية.

أولاً: مفهوم الاتفاقيات الدولية

بالرجوع لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 نجدها قد عرفت الاتفاقيات الدولية في مادتها الثالثة كما يلي " اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب وتخضع للقانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية"[(1)].

ومن خلال التعريف السابق تبين لنا أن الاتفاقية التي أشارت إليها اتفاقية فينا 1969 هي تلك المبرمة بين الدول، ومن ثم لا تدخل في عداد الاتفاقيات الدولية تلك التي تبرمها الدول مع شخص من أشخاص القانون الداخلي؛ فهذه تعرف بالعقود الدولية والتي هي أداة لتسهيل التجارة الدولية ووسيلة للمبادلات الاقتصادية عبر الحدود، حتى وإن أصبح دورها يتعاظم في القانون الدولي للأفراد فأصبحت تلعب دوراً أساسياً في تبادل الثروات على المستوى الدولي، فهذه العقود حتى وإن كان أحد أطرافها الدولة فلا تدخل تحت مسمى الاتفاقيات الدولية[(2)].

ومن هنا نستطيع أن نعرف الاتفاقية الدولية بأنها توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث آثار قانونية معينة طبقاً لقواعد القانون الدولي.

[(1)] أنظر المادة (3) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدة لعام 1969.

[(2)] سلامة، أحمد عبد الكريم،(2000)، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، ص5.

ثانياً: أقسام الاتفاقيات الدولية:

تنقسم الاتفاقيات الدولية من حيث طبيعة العلاقات القانونية التي تنظمها إلى طائفتين، اتفاقيات دولية تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام لتنظيم العلاقات الدولية فيما بينها، مثل الاتفاقيات الدولية التي تعقد بين الدول لوضع الحدود فيما بينها أو لتسليم المجرمين، وتنشئ هذه الطائفة من الاتفاقيات الدولية حقوقاً أو تفرض التزامات على الدول الأطراف في الاتفاقية لا على رعاياها، وهذه الطائفة الأولى من الاتفاقيات الدولية، أما الطائفة الثانية فتتعلق بالاتفاقيات التي تبرم بين الدول بغرض التنسيق بين التشريعات الوطنية التي تنظم علاقة من علاقات القانون الخاص والهدف من إبرامها هو القضاء على التباين بين التشريعات الوطنية عن طريق وضع قواعد موحدة تنظم علاقة ما من علاقات القانون الدولي الخاص؛ لتحل هذه القواعد محل القوانين الوطنية المتباينة فينقضي التنازع فيما بينها، وقد يستمد رعايا الدول الأطراف حقوقاً مباشرة من نصوص الاتفاقيات التي تنتمي إلى هذه الطائفة كما تفرض عليهم التزامات[1].

وعلى سبيل المثال لو استعرضنا اتفاقية فينا (1980) نجد أنها مقسمة إلى أربعة أجزاء، الأول منها يتحدث عن نطاق تطبيقها وأحكام عامة (المواد من 1-13)، والجزء الثاني تكوين عقد البيع (المواد من 14-24)، بينما تنازل الجزء الثالث التزامات كل من البائع والمشتري (المواد من 25-88)، وتناول الجزء الأخير الأحكام الختامية (المواد 89-101).

كما ويقسم فقهاء القانون الدولي العام الاتفاقيات الدولية من حيث موضوعها إلى نوعين: الاتفاقيات العقدية والاتفاقيات الشارعة[2].

---

[1] الصغير، حسام الدين عبد الغني، (2001)، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص34.

[2] MALCOLM N. SHAW,(1998) مشار لدى: الصغير، حسام الدين عبد الغني، ص 38.

والمقصود بالاتفاقية العقدية هي الاتفاقية الدولية التي تبرم بين دولتين أو عدد محدود من الدول، مثل اتفاقيات تسليم المجرمين، ومثل تلك الاتفاقيات يقتصر تطبيقها على نطاق محدود، إذ لا يتعدى أثرها الدول التي أبرمتها.

أما الاتفاقيات الشارعة فهي على النقيض مما سبق، أي أنها تبرم بين عدد غير محدود من الدول بهدف وضع قواعد عامة لتحكم العلاقات الدولية، ولا يقتصر تطبيقها على عدد محدود من الدول، ومن ثم تضع الاتفاقيات الشارعة قواعد عامة التطبيق[1]، وتعد مصدراً مهماً ورئيساً من مصادر القانون التجاري الدولي، ومثال ذلك اتفاقية الأمم المتحدة (هامبورج) والتي صادقت عليها الأردن سنة 2001، و اتفاقية وارسو بشأن النقل الجوي عام 1929، قانون جنيف الموحد عام 1931، واتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي عام 1927، واتفاقية نيويورك عام 1958، واتفاقية فينا عام 1980، واتفاقية جنيف الخاصة بعقد نقل البضائع بوسائل متعددة لعام 1988.

وأما تقسيمها من حيث الشكل إذ تقسم الاتفاقيات الدولية من الناحية الشكلية إلى اتفاقيات بالمعنى الدقيق والاتفاقيات الدولية ذات الشكل المبسط إذ إن المعاهدات الدولية بالمعنى الدقيق يجري بها الالتزام بكافة الإجراءات الشكلية لإبرام المعاهدة ولا تصبح هذه المعاهدة نافذة إلا بالتصديق عليها من جانب السلطات المختصة التي ينص عليها دستور الدولة أما الاتفاقيات ذات الشكل المبسط فلا يشترط لإبرامها إتباع إجراءات شكلية معينة ولا يشترط التصديق عليها لدخولها دائرة النفاذ بل يكفي التوقيع عليها لكي تصبح نافذة وملزمة[2].

وهنالك اتفاقيات إقليمية واتفاقيات ذات طابع عالمي وهذا التمييز يتم على أساس النطاق الجغرافي الذي تمتد إليه الاتفاقية، فالاتفاقيات التي تعقد بين دول منتمية إلى جماعة دولية واحدة ترتبط بينها روابط خاصة تميزها عن غيرها من الجماعات تسمى

---

[1] إبراهيم، علي، (1995)، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، ص 139.

[2] عطية، عصام، (1985)، القانون الدولي العام، مطبعة جامعة بغداد، العراق، ص68.

بالمعاهدات الإقليمية، أما الاتفاقيات ذات الطابع العالمي فإنها تضع دول مختلفة ومن بقاع واسعة من العالم و لا يشترط فيها الارتباط برباط معين ويتم عادة إبرامها عن طريق مؤتمرات دولية أو من خلال نشاط المنظمات الدولية[1].

أما بخصوص قيمتها القانونية اختلفت الدساتير في بيان القيمة القانونية للمعاهدة الدولية، فالمشرع الدستوري الفرنسي أعطى للمعاهدة قوة أعلى من قوة القوانين العادية وفي نفس الوقت أدنى من قوى الدستور، بشرط أن يطبق الطرف الآخر أحكام المعاهدة والاتفاق و ذلك تطبيقاً لنص المادة (55) من الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٥٨ والتي تنص على "**يكون للمعاهدات أو الاتفاقات التي تم التصديق أو الموافقة عليها قانوناً، قوة تفوق قوة القوانين، شريطة أن يطبق الطرف الآخر هذه المعاهدة أو هذا الاتفاق**"[2].

أما بالنسبة للمشرع الدستوري المصري فقد أضفى على المعاهدات الدولية قوة القوانين العادية فحسب وذلك بعد التصديق عليها و نشرها فالمعاهدة تعتبر بمثابة تشريع داخلي وتأخذ نفس قوته في سلم تدرج القواعد القانونية متى ما تم التصديق عليها وفقاً لأحكام الدستور وذلك استناداً إلى أحكام المادة (١٥١) من الدستور المصري عام ١٩٧١ التي نصت على أن "**رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يتناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفق للأوضاع المقررة** "[3].

وبخصوص المشرع الدستوري الأردني فقد تعرض بصورة موجزة وسريعة للقوة القانونية للاتفاقية الدولية، إذ نص في المادة (33) من الدستور الأردني عام 1952 على أن " 1- الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقيات. 2-

---

[1] إبراهيم، علي، الوسيط في المعاهدات الدولية، ص71.

[2] أنظر نصوص الدستور الفرنسي المترجم بالعربية على الموقع الالكتروني http://www.conseil-constitutionnel.fr/ .

[3] أنظر نصوص الدستور المصري على الموقع الالكتروني http://faculty.ksu.edu.sa/ .

المعاهدات والاتفاقيات التي يترتب عليها تحميل خزينة الدولة شيئاً من النفقات أو مساساً بحقوق الأردنيين العامة والخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة، ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في أي معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية"[1].

وباستقراء الفقرة الأولى من المادة (33) نجد أن الملك يمارس صلاحياته في إعلان الحرب وعقد الصلح وإبرام المعاهدات والاتفاقيات بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية، حيث أن الملك يمارس تلك الصلاحية بإرادة ملكية بناء على تنسيب من مجلس الوزراء.

أما في الفقرة الثانية من ذات المادة فإن ممارسة الملك لصلاحياته تكون هنا بصفته شريكاً للسلطة التشريعية، حيث أنه يتطلب لنفاذ المعاهدة الدولية موافقة الشريك الآخر (السلطة التشريعية)، حيث يجب أن تأخذ المعاهدة الدولية إجراءات دستورية كالتي يمر بها القانون العادي[2].

أما عن موقف القضاء الأردني وباستقراء بعض أحكامه نجده اتجه إلى الأخذ بسمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي بمعنى أنه في حالة تعارض ما بين اتفاقية دولية وقانون داخلي، يطبق القاضي أحكام الاتفاقية الدولية.

وتطبيقاً لذلك جاء في قرار رقم (2003/3965) " أجمع الفقه والقضاء لدى جميع دول العالم ومنها الأردن على سمو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، وأنه لا يجوز تطبيق أي أحكام قانون داخلي يتعارض مع هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بحيث يمكن تطبيقها معاً وهو ما جرى عليه قضاؤنا بلا خلاف"[3].

---

(1) أنظر نصوص الدستور الأردني على الموقع الالكتروني https://qistas.com .

(2) الخطيب، حقوق الإنسان في الأردن في ضوء العهد الدولي، بحث منشور في مجلة الفقه والقضاء، ص12 أشار إليه العكور عمر صالح وآخرون، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1 ، سنة 2013، ص77.

(3) أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2003/3965) تاريخ 2004/2/29، منشورات موقع قسطاس الالكتروني.

وكذلك قرار رقم (2003/7309) والذي جاء فيه " **إن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تسمو مرتبةً على القوانين المحلية ولها الأولوية بالتطبيق عند تعارضها معها، ولا يجوز الاحتجاج بأي قانون محلي عند تعارض أحكامه مع أحكام الاتفاقيات**"[1].

ونرى أن موقف القضاء أوضح من المشرع الدستوري وبجميع الأحوال كلاهما يعكس الموقف في الأردن بسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية وهذا برأينا الاتجاه السليم والموقف المحمود فتكون الاتفاقية في مركز وسط بين الدستور الذي أعطاها ذلك المركز والقانون الداخلي.

وبجميع الأحوال لا بد من الإشارة إلى أن الاتفاقيات سابقة الذكر لا تخرج عن ثلاث أشكال إما اتفاقيات وضعت لتوحيد القوانين الداخلية أو وضعت لتوحيد قواعد الإسناد، أو أنها تضمنت قواعد موضوعية، وهذا سيتم الإشارة إليه في الفصل الثاني من هذه الرسالة[2].

2.2.1 العقود النموذجية والشروط العامة

لقد وجدت تجمعات مهنية تضم أعداد من المتعاملين في تجارة معينة مثل جمعية لندن للقمح التي أخذت على عاتقها إعداد عقود نموذجية أو شروط عامة للتعامل في السلعة موضوع نشاط تلك التجمعات فجمعية لندن المذكورة عملت على توحيد العقود والمعاملات في تجارة الحبوب وقدمت صيغ عديدة، فما المقصود بالعقود النموذجية والشروط العامة؟ وما هي الطبيعة القانونية لهما، هذا ما سنبحثه آتياً.

---

[1] أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2003/7309) تاريخ 2004/4/22، منشورات موقع قسطاس الالكتروني.

[2] أنظر ص (58) من هذه الرسالة.

أولاً: المقصود بالعقود النموذجية والشروط العامة:

يقصد بالعقود النموذجية أنها مجموعة من الشروط التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها مستقبلاً[1].

ومن خلال التعريف السابق يتبين لنا أن العقود النموذجية عبارة عن صك مكتوب على غرار عقد الإيجار والبيع، وهذا من ناحية شكلية أما بالنسبة للناحية الموضوعية هي تعد بمثابة نصوص تشريعية تتضمن كافة أحكام عقد البيع من إيجاب وقبول ومحل وسبب والتزامات الطرفين وأسباب الانتهاء والضمانات.

وتنقسم العقود النموذجية من حيث آثارها إلى عقود كلية وعقود جزئية؛ فالأولى تحدد كافة آثار العقد أو غالبيتها كالعقود التي وضعتها غرفة التجارة الدولية، أما الثانية فهي تحدد بعض آثار البيع الدولي دون التعرض لكافة أحكامها، كما ويطلق عليها العقود الرأسية[2].

كما تنقسم إلى عقود نموذجية ذاتية وعقود نموذجية تبعية، فالأولى يقصد بها استعمال الصيغة المطبوعة كعقد فعلي، أما الثانية فهي التي يتبع تطبيق أحكامها وجود عقد حقيقي بين الطرفين يحيلون فيه إلى تطبيق أحكام ذلك العقد النموذجي، وهي أشبه في شكلها وفي تنظيم أحكامها بالنصوص القانونية، وهذا النوع يطلق عليه الشروط العامة للبيع ولا تكتفي بالنص على آثار البيع فحسب بل تضع أيضاً أحكاماً تتعلق بانعقاده[3].

---

[1] حداد، حمزة أحمد، قانون التجارة الدولية، ص45.

[2] موسى، طالب حسن،(1997)، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، ص47.

[3] حداد، حمزة أحمد، قانون التجارة الدولية، ص17.

أما الشروط العامة فلا يوجد هناك تعريف محدد للشروط العامة، ولكن يمكن أن يطلق عليها الشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل[1].

ثانياً: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية والشروط العامة:

أولاً: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية:

انقسم الفقه لاتجاهين: الأول ذهب إلى إنكار صفة القاعدة القانونية عن العقود النموذجية، أما الاتجاه الثاني فذهب إلى تقرير صفة القاعدة القانونية لها، وهذا ما سنبحثه آتياً:

أ- الاتجاه القائل بإنكار صفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية:

يذهب جانب من الفقه إلى إنكار صفة القاعدة القانونية عن العقود النموذجية وقد أسس اعتراضاته على عدة ملاحظات، فمن ناحية أولى: يلاحظ على أن التسميات التي أطلقت على هذه العقود مثل قواعد شبه آمرة يعد ذلك تلاعباً بالألفاظ ولا يكشف عن حقيقة قانونية قائمة؛ لأن القاعدة القانونية إما أن تكون آمرة أو مكملة فلا وسط بينهما[2].

ومن ناحية ثانية، فإن القضاء قد أنكر على أحكام العقود النمطية صفة القواعد القانونية بل قرر طبيعتها التعاقدية، وعلى فرض اعتبارها عادات فلا محل للتفرقة فيها بين عادات داخلية وأخرى دولية، ففي الحالتين تفتقد صفة القاعدة القانونية، وبالتالي فإن أساس إلزامها هو خضوع الأطراف لها وارتضائهم تطبيقها على عقودهم[3].

ومن ناحية ثالثة وأخيرة، فإن اعتبار رقابة المحاكم لشروط وأحكام العقود النموذجية رقابة مشروعية، حيث أن القاضي يراقب مشروعية القواعد الموجودة بالعقد وعدم مخالفتها

---

[1] إبراهيم، كمال، (1991)، التحكيم التجاري الدولي وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، ط1، ص63.

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص70.

[3] الشرقاوي، محمود سمير،(1992)، عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، ص16.

للقواعد القانونية العليا وهي قواعد قانون الدولة، فالقاضي إذا ما وجد شرطاً مخالفاً لقاعدة آمرة في قانون دولته يحكم برفض تطبيقه أو يبطله إذا ما اقتضى الأمر ذلك، فرقابة المحاكم لشروط العقد في إطار حماية الطرف الضعيف؛ لأن العقود النموذجية ليست إلا شروطاً تعاقدية قد تصبح مع التكرار عادات اتفاقية دون أن ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية، فهي قواعد مقترحة وليست مفروضة(1).

ب- الاتجاه القائل بتقرير صفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية:

يذهب جانب من الفقه إلى تقرير صفة القاعدة القانونية على العقود النموذجية وتحقيق الكفاية الذاتية لها، والسند في ذلك وفقاً لوجهة نظرهم أن تلك العقود طالما مقننة من قبل هيئات دولية، وبالنتيجة طالما أنها مقننة أدى ذلك إلى تكرار إتباعها واستقرار العمل بمقتضاها، فأصبحت على هذا الأساس ذات مضمون عام ومجرد في الوقت الذي شعر فيه المتعاملون في هذه الأوساط إلى أهميتها وضرورتها لتنظيم هذا المجتمع مما يضفي عليها بالنتيجة سمة الأعراف الملزمة، إضافة إلى أن استقرار العمل بمقتضاها قد أكسبها نوعاً من الإلزام نتيجة للجزاءات التي تفرضها هذه الأوساط على مخالفيها مما أضفى عليها في النهاية الطابع القانوني الملزم، وكفل لها على هذا الأساس صفتها الوضعية التي يصعب إنكارها(2).

ومما ساعد على تشكيل هذه العقود واستقرار التعامل بمقتضاها انتشارها وحرص المتعاملين على تطبيقها عليهم وارتياحهم لها استجابة لمصالحهم، فهي قواعد يعرفونها سلفاً ويأنسون للعمل بمقتضاها، وما دامت هذه القواعد ذات طابع عرفي فإنها تملك القدرة على التنظيم المباشر للروابط الدولية(3).

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص71 وما بعدها.

(2) Goldman, (1979), مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، مصر، ص255.

(3) صادق، هشام علي،(1995)، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص139.

ثانياً: الطبيعة القانونية للشروط العامة:

ثمة خلاف فقهي حول طبيعتها القانونية فهل تعد اتفاقية دولية؟ أم هي مجرد توصية بسيطة يكون للدول مطلق الحرية بالأخذ بها من عدمه؟

سالت سيول من الحبر على أكوام من الورق في ظل المحاولات الفقهية حول الطبيعة القانونية للشروط العامة، لكن ووفقاً للرأي الغالب والراجح والذي يتفق معه الباحث يقضي بأن هذه الشروط تشكل معاهدة دولية وأنها أدخلت إلى التشريعات بناء على صفتها تلك، وهذا الرأي اتفق مع ما أكده التفسير الرسمي الذي أصدرته اللجنة الدائمة للتجارة الدولية والذي جاء فيه" أن الشروط العامة تعتبر من وجهة نظر القانون الدولي معاهدة جماعية دولية، ومن وجهة نظر القانون الداخلي تعتبر قواعد وطنية تم توحيدها بمعاهدة دولية وأصبح لها بذلك قوة القانون"[1].

لكن وبالمقابل ذهب رأي آخر إلى القول بأن الشروط العامة ليست معاهدة دولية وأن طبيعتها الملزمة راجعة إلى النص عليها في القوانين الوطنية بالإضافة إلى أن الدول تنص في الاتفاقيات التجارية الثنائية بينها على تطبيق تلك الشروط إذ لو كانت تشكل معاهدة دولية لما كان هنالك داع للنص على هذا التطبيق في هذه الاتفاقيات، ولكن قيل إن النص عليها ليس له سوى طبيعة كاشفة وليس طبيعة إنشائية، ثم إن هذا الخلاف يفقد أهميته من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية لم يعد هنالك أدنى مجال للشك حول الطبيعة القانونية للشروط العامة حيث قضي الأمر بعد أن أصدرت اللجنة الدائمة للتجارة الخارجية ذلك التفسير[2]، ومن الناحية العملية فإن تلك الشروط أدرجت في القوانين الوطنية للدول وبناء على ذلك سواء كانت اتفاقية دولية أو مجرد توصية بسيطة فقد أصبح لها دون أدنى شك قوة القانون[3].

---

(1) حداد، حمزة، قانون التجارة الدولية، ص77.

(2) أنظر أعلاه التفسير الذي تم الإشارة إليه في متن هذه الصفحة.

(3) حداد، حمزة، قانون التجارة الدولية، ص78.

وبرأينا وفي ظل هذه الآراء حول الطبيعة القانونية للشروط العامة والعقود النموذجية؛ فإنه لا يمكن لنا أن نقرر صفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية والشروط العامة؛ لأنه من صفات القاعدة القانونية علاوة على كونها عامة ومجردة أن تكون ملزمة وهذا ما نفتقره حقيقةً في العقود النموذجية والشروط العامة.

3.2.1 العادات والأعراف الدولية

باستقراء كتابات الفقه ونصوص التشريعات وأيضاً قرارات المحاكم نجد أن هنالك خلطاً بين مفهومي العرف والعادة، وكانت عدة محاولات فقهية حول التمييز بينهما، فنحاول في هذا المطلب التطرق لمفهومي العرف والعادة الدوليان والتمييز بينهما، على أن نعرض فيما بعد الطبيعة القانونية لهما، وبخصوص مصدر الزاميتهما وأساس تطبيقهما أمام القاضي الوطني فسيتم الحديث عنه لاحقاً في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

أولاً: مفهوم العرف والعادة والتميز بينهما:

هنالك محاولات فقهية عديدة في التمييز بين العرف والعادة، وفي مجال التفرقة بينهما نجد أن العرف يتكون من عنصرين عنصر مادي وآخر معنوي فالأول يتمثل بالتصرفات والأفعال المتكررة (وهي بذاتها العادة)، أما العنصر الثاني فيتمثل بالشعور القانوني بالإلزام، وبالتالي يمكن لنا القول أن العرف يقصد به عموماً القواعد التي يتعارف عليها الأفراد فترة من الزمن وتستقر في نفوسهم، ومن ثم يشعرون بإلزامها دون أن تستند إلى أساس تشريعي وعليه نخلص أن العرف كما عرفه البعض هو " مجموعة القواعد والمبادئ والممارسات العملية التي تولدها الحاجة إلى تنظيم الحياة الدولية للأفراد ويجرى العمل باطراد على إتباعها بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق على نحو يستقر معه الاعتقاد أنها أصبحت ملزمة لا يمكن العدول عنها"[1].

أما العادة وكما أشرنا أنها الركن المادي للعرف فهي تكرار لممارسة ما تهدف إلى تحقيق أثر قانوني، وقد درج الفقه أن العادة مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ص154.

مختلف أوجه النشاط الاقتصادي الدولي بعيداً عن الأنظمة القانونية الوطنية وهي بذلك تتداخل مع مفهوم العرف[1]؛ وتبرير هذا التداخل أن العادة باعتبارها مرحلة سابقة مباشرة على تكون العرف.

وتأكيداً على ذلك ما جاء به نص المادة 95 في التشريع الدولي الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية باتفاقية لاهاي سنة 1964، فقد قررت هذه المادة أن" الأطراف ملزمون بالعادات التي أحالوا عليها صراحة أو ضمناً وبالأعمال المعتادة التي استقرت فيه بينهم، وقد أوضحت هذه المادة في فقرتها الثانية المقصود بالعادة أنها" تلك التي يعتبرها الأشخاص المتبصرون واجبة الانطباق على عقدهم فيما لو وضعوا في ذات المركز الذي فيه الأطراف[2].

وكذلك جاء في المادة التاسعة من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 في فقرتها الثانية أوضحت أن العادات هي تلك التي تفترض أن الأطراف يعلمونه أو كان من الواجب عليهم أن يعلموها والتي تكون معروفة على نطاق واسع، ويتم مراعاتها بانتظام بين الأطراف في التجارة الدولية والعقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة[3].

ثانياً: الطبيعة القانونية للعرف والعادة:

لا شك في أن الخلاف الفقهي الدائر حول التمييز ما بين العرف والعادة قد انعكس بدوره على الطبيعة القانونية لهما، ولعل جوهر المسألة أن هناك أدوات تجارة حديثة لا تلائمها القواعد القانونية الوطنية كالعقود الدولية وعقود التكنولوجيا وما إلى ذلك، ومن المعلوم لدينا خصوصية وتعقيد تلك العقود التي لا تسمح بإدراجها تحت مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم أحد الأنماط المسماة من العقود حيث لا تعتبر نوعاً خاصاً من

---

(1) درويش، محمد محسوب، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، دراسة تاريخية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة القاهرة، ص585 وما بعدها.

(2) خير، عادل محمد، (1994)، عقود البيع الدولي للبضائع وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، ص108.

(3) شفيق، محسن، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص284.

عقد بيع المعرفة أو شركة مدنية، كما وظهرت أنماط جديدة للمعاملات المالية في الأسواق المالية الدولية، الأمر الذي جعل المعاملات في إطار هذه العلاقات لا تجد أحسن الظروف لتنمو؛ إلا إذا فلتت من قيود واختلاف القوانين الوطنية وخضعت لقواعد خاصة بها[1].

وبناء على هذه الخصوصية يذهب جانب من الفقه إلى أن هذه القواعد التي ترسخت بين عادات التجارة تتسم في الغالب بطابع فني متخصص أكثر من اتسامها بالطابع القانوني، وهي قد تختلف على هذا النحو من عقد إلى آخر داخل إطار الحرفة أو المهنة الواحدة مما يحد من عموميتها ويجعل في تسميتها بالأعراف الدولية نوعاً من التسرع السابق لأوانه، فهي لا تعدو أن تكون عادات اتفاقية ذات أصل تعاقدي وبالتالي لا تلزم المتعاقدين إلا باعتبارها شروطاً تعاقدية أدرجت في بنود العقد وهو ما ينفي عنها صفة العموم والتجريد التي تتمتع بها قواعد القانون، وهذه العادات التي تكونت في المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال بعيداً عن سلطان الدولة لا تعد قانوناً بالمعنى المفهوم لدينا[2].

أما العرف فيعد مصدراً معترفاً به في الفقه والقضاء كمصدر أصيل لأي قانون، بينما لا تعتبر العادة كذلك، وأية محاولة للتسوية بينهما تعد غير دقيقة من الناحية القانونية، فالعادة يجب أن تظل ذات صفة اتفاقية أو تعاقدية فهي مجرد شرط تعاقدي وليست كما يزعم البعض قواعد اتفاقية؛ لأنه لا يوجد حتى في الفن القانوني ما يسمى بقواعد اتفاقية، فالقاعدة القانونية هي دائماً قاعدة عامة، وخارجة عن مجال الاتفاقات أو العقود، أما العادة فهي شرط تعاقدي فحسب، وبالنظر إلى أنها تعد جزءاً من العقد فيمكن لنا تسميتها بقاعدة فردية ولا يمكن لنا تسميتها بقاعدة قانونية، بل هي مجرد واقع عملي تسعف في تفسير العقد وسد ثغراته حتى وإن كانت مقننة، فعلى الرغم من تقنينها فإنها

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، ص266.

[2] صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص155.

تظل اختيارية يمكن للأطراف الخروج عليها، فهي ليست ملزمة، ولن تصبح العادة عرفاً إلا إذا توفر لها صفة الإلزام والاستقرار [1].

ولكن بالمقابل هنالك اتجاه أكد على العادات الصفة القانونية سواء كانت مكتوبة أم لا، طالما كانت محددة بطريقة كافية، ومن باب أولى تثبت الصفة القانونية للقواعد التي استقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال،؛ فهذه لم تعد مجرد عادات اتفاقية وإنما تحولت مع مرور الوقت إلى أعراف ملزمة في كثير من المجالات[2].

ويقول الأستاذ (جولدمان)[3] في هذا الصدد " إلى أن الأعراف تتمتع بفاعلية وشيوع مما يجعلها تشكل قواعد قانونية نشأت عن الواقع العملي الذي يتكرر استعمالها في وسط معين، بمعنى أن عادة التجارة الدولية هي قاعدة عرفية لمجرد شيوعها وتكرار العمل بها على نطاق واسع في المجال الدولي مما يوفر اليقين لدى رابطة الأعمال الدوليين بالصفة الإلزامية لها".

ويرتب هذا الاتجاه القائل باعتبار عادات التجارة الدولية قواعد قانونية ذات أصل عرفي بعض النتائج المنطقية.

فمن ناحية أولى فمتى ما كانت العادة قاعدة قانونية فإن القاضي الوطني يطبقها من تلقاء نفسه ولا يلزم الخصوم بإثبات مضمونها، وبالتالي لا يسري عليها مبدأ المواجهة بين الخصوم[4]، بحيث لا يفرض على القاضي أو المحكم عدم تطبيق القاعدة إلا بعد أن

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص336.

(2) الرفاعي، أشرف عبد العليم،(1996)، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص257.

(3) أشار إليه : درويش، محمد محسوب، التطور التاريخي في قانون التجارة الدولي، ص500 وما بعدها.

(4) يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ المميزة للخصومة، حيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات، وما يضيفه مبدأ المواجهة = هو تمكين كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفاعه، للمزيد: أنظر الرفاعي، أشرف عبد العليم، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص257.

يطلب ذلك الخصوم مقدماً وبعد إثباتها، والغالب أن تكون العادة معلومة وعامة، ومتى ما كان القاضي على علم شخصي بها فهو يطبقها من تلقاء نفسه وعندئذٍ يلتزم القاضي بدعوة الأطراف إلى مناقشة تلك العادة إعمالاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم[1].

ومن ناحية ثانية، فإن العادة التجارية باعتبارها قاعدة قانونية يسري في شأنها قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وهذا ما قررته الأحكام القضائية، فاعتبرت أن عادات التجارة المستقرة تعد قواعد قانونية حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة، وبالتالي لا يمكن الاعتذار بجهلها، وأساس ذلك أن أطراف العلاقة من المهنيين فيفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها، وأن القضاة وبالأخص القضاء الدولي المتمثل بهيئات التحكيم يرجعون ضمنياً إلى عادات التجارة الدولية التي تفرض بقوة البديهة، وقد أيد القضاء الفرنسي وبالأخص محكمة النقض ما ذهب إليه قضاة الموضوع من أن عادات التجارة الدولية تعد قواعد قانونية، وهي بتلك المثابة القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الأطراف، مما يكشف عن اعتراف القضاء بوجود هذه العادات[2].

وبرأينا حول الطبيعة القانونية للعادة التجارية والأعراف الدولية، فهي دون أدنى شك ملزمة للقاضي الوطني وسندنا في ذلك نص المادة 1/103 من الدستور الأردني والتي تنص على " تمارس المحاكم النظامية اختصاصها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون" ، وعليه فإن الصفة الملزمة مستندة إلى نص دستوري ولا اجتهاد في مورد النص.

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص333.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، نفس الموضع.

4.2.1 المبادئ القانونية المشتركة

هنالك ثمة فرق ما بين المبادئ العامة للقانون والمبادئ القانونية المشتركة[1]، فالأولى يمكن الكشف عنها بالدراسة المقارنة التي تمثل همزة وصل بين القوانين التي خضعت للدراسة المقارنة، ويتزايد عدد هذه القواعد أو المبادئ كلما كانت هذه القوانين المقارنة متقاربة ونابعة لعائلة قانونية واحدة، أما المبادئ القانونية المشتركة فخصصنا لها الفرع الآتي.

أولاً: مفهوم المبادئ القانونية المشتركة:

يقصد بالمبادئ القانونية المشتركة بين القوانين تلك التي يتم الكشف عنها بأسلوب نوعي لا كمي، وذلك عندما لا يجد القاضي وبالأخص المحكم بين يديه مبدءاً ذائعاً بين النظم القانونية الوطنية المختلفة فإنه يلجأ لتبني الحلول المشتركة في القوانين الوطنية الأكثر ارتباطاً بالعلاقة المطروحة أمامه، فهذه المبادئ يتم استخلاصها بالأسلوب المقارن، لكنه لا يكتفي بوجود المبدأ في هذا القانون أو ذاك بل ينبغي أن يكون المضمون المستخدم هو ذاته المضمون الذي يتضمنه النظام القانوني الآخر حتى يتحقق الاشتراك القانوني بين النظامين، وبالتالي يتم استخلاص الحل الملائم للنزاع منبثقاً مباشرةً من هذين النظامين القانونيين.[2]

ولا شك أنه من النادر بل من الصعوبة بمكان أن نعثر على أمثلة في القضاء الوطني أو حتى قضاء التحكيم تؤكد مثل هذه التفرقة الدقيقة بين المبادئ العامة للقانون والمبادئ القانونية المشتركة، فهذا القضاء لا يميز أحياناً بين المبادئ القانونية المشتركة وعادات التجارة الدولي، بل إن معظم من كتب بقانون التجارة الدولية لا يميز بين عادات التجارة الدولية والمبادئ القانونية المشتركة، فأنصار نظرية المبادئ القانونية المشتركة والتي تعد مصدر للقانون التجاري الدولي نجدهم يتحدثون على وجه الدوام بمفهوم واحد

---

[1] حيث يطلق على الأولى Principes genenaux dudroit ، وعلى الثانية Droit commun desnations .

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص294.

عن هذه المبادئ باسم المبادئ العامة للقانون، فأصبحت المبادئ العامة للقانون والمبادئ القانونية المشتركة وجهان لعملة واحدة، ويقصد بها معنًى واحداً[1].

ومما يؤكد أنها أصبحت جزءاً من قانون التجارة الدولية اهتمام المتعاقدين في كثير من الأحيان على النص في عقودهم إخضاعها للمبادئ القانونية المشتركة أو المبادئ العامة للقانون وهو ما يعبر عن رغبتهم في تدويل عقودهم وتحريرها من القانون الداخلي، والخضوع للقانون التجاري الدولي.

وهذا ما أكده الأستاذ (جولدمان) بقوله " إن المبادئ العامة للقانون الواردة في المادة 38 المشار إليها تندمج في النسق القانوني والمسمى Lex Mercatoria وتصبح إحدى العناصر المكونة له[2] ".

ثانياً: الطبيعة القانونية للمبادئ القانونية المشتركة:

يرى جانب من الفقه أن المبادئ القانونية المشتركة للقانون لا تشكل أحد مكونات القانون التجارة الدولي فقواعد هذا القانون بطبيعتها وأصلها لا تختلف أو تتميز أصلاً بخصوصية تكفل لها الاستقلال عن القوانين الوطنية، وإنما في حقيقتها مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة.

علاوة على أن المبادئ القانونية المشتركة باعتبارها فكرة غامضة يمكن أن يؤدى إعمالها في النهاية إلى أن تحكم القاضي إلى ستار يخفى وراءه حلولاً قد تصطدم بالقانون وبالموضوعية، وبالتالي يصعب استخلاص حل من هذه المبادئ في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية بصيغة خاصة، فالحلول التي يمكن استخلاصها من هذه المبادئ غير كافية بذاتها لإعطاء حل قانوني، فهي حلول تتسم بطابع العموم، فالقول مثلاً بضرورة

---

[1] رضوان، أبو زيد، (1993)، قانون التجارة الدولية، دراسة لفكرة LEX MERCATORIA ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، ص10 وما بعدها.

[2] Goldman, (1979), la lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage International realite et perspectives, clunet, p400 مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص370.

إعمال مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية والمستخلص من المبادئ القانونية المشتركة قد لا يكفي لمواجهة المشكلة المطروحة، ونفس الشيء المدة التي يجب إعلان البائع فيها بالعيوب الخفية إذ أن المشكلة محل النزاع قد تكمن بصفة خاصة في وجوب تحديد هذه المدة حتى يمكن معرفة ما إذا كان المشتري قد أعلم البائع بالعيوب الخفية أم أنه قد تجاوزها مما يسقط حقه في الضمان وهذه مسألة يتعين مواجهتها بتطبيق قاعدة قانونية تحدد هذه المدة سواء في قانون داخلي أو أعراف سائدة بين المتعاملين في هذا الوسط[1].

وخلاصة ما سبق لهذا الاتجاه إلى أن المبادئ القانونية المشتركة هي عبارة عن مبادئ اشتركت فيها القوانين الوطنية لمختلف البلدان وليست لها أي صفة قانونية الأمر الذي يصعب القول معه بأنها مصدر لقانون التجارة الدولية.

وعلى خلاف ما سبق يميل جانب من الفقه إلى تأكيد الصفة القانونية للمبادئ القانونية المشتركة، وحيث تستمد قوتها وتأثيرها من الفكرة العامة للوجود السائد في مجتمع معين وتعطى لها فرصة التطبيق العملي عن طريق استنباط القواعد القانونية منها، وهذا ما يراعيه المشرع في وضع القوانين، ويراعيه كذلك القاضي في وضع الحلول للمنازعات التي لا يوجد لها حكم في مصادر القانون[2] .

ولما كانت المبادئ القانونية المشتركة تتسم بالعموم مما يميزها عن القواعد العرفية التي تواجه مسائل محددة فإنه من الملاحظ أن قضاء التحكيم قد نجح في التطبيق العملي ليضفي على هذه المبادئ ذاتيتها الملائمة لطبيعة التجارة الدولية.

وعليه فإننا نرى أن المبادئ القانونية المشتركة تشكل درع إنقاذ للقاضي في أي مأزق، فعموميتها تسمح لها بالانطباق على مختلف الأوضاع والمسائل، وتعطي القاضي حرية تقدير واسعة لتصحيح الآثار الناجمة عن تطبيق قواعد القانون المختص، ومعالجة ما قد يعتري النظم القانونية من قصور.

---

[1] عبد المجيد، منير، (1995)، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص208.

[2] موسى، طالب حسن، الموجز في قانون التجارة الدولية، ص51 وما بعدها.

5.2.1 قواعد العدالة

العدالة كما عرّفها البعض[1] هي " الاعتراف المنحاز بحق كل شخص والاستجابة للمثالية التي تتفق مع عميق النفس الإنسانية، تؤدي إلى التوفيق بين ما هو عادل وما هو مفيد" .

وقواعد العدالة تختلف عن المبادئ العامة للقانون والتي تم الإشارة إليها سابقاً فهي لا تختلط بها كما أنها لا تتعارض معها، كما وأن قواعد العدالة تختلف عن العدل المطلق والعدل داخل المجتمع، وعلى هذا النحو فإذا كان العدل في ذاته ثابتاً لا يتغير فإن التعبير عنه يمكن أن يتغير من وقت لآخر ومن مجتمع لآخر، وتطبيق هذه الأفكار على المجتمع الدولي للتجار يقتضي التسليم بأن القانون التجاري الدولي هو تعبير عن العدل الذي صنعه مجتمع التجار لا العدل المطلق الذي لا يتغير، فالعدالة التي يستلهم منها القاضي أو المحكم الحل الواجب الإتباع يقصد بها العدل في مفهوم المجتمع الدولي للتجار[2].

ولما كان القانون التجاري قانوناً بالمعنى الفني للقانون فإن قواعده تطبق بصرف النظر عن تحقيق التوازن الفعلي بين أطراف العلاقة الدولية، فقواعد هذا القانون تطبق استقلالاً عن الصفة العادلة وعن نتائجها الملموسة لهذا التطبيق باعتبارها من قواعد القانون وتختلف عن العدالة، وعلة ذلك تكمن في أن هذه الأخيرة فكرة وشعور نفسي يختلف تكييفها بين ما يعد ظلماً أو عدلاً حسب معتقد القاضي، فهي فكرة متعددة الاستعمالات ولا يوجد اتفاق حول تحديد مضمونها، فهي تبرر أحياناً التمرد على القانون، وأحياناً توافقه، وأحياناً تكون هي القانون ذاته، فالعدالة تبدو كأداة سحرية غامضة تبرر اتخاذ قرار أو حكم معين حتى ولو كان غير ممكن تبريره وعليه فإن العدالة لا يمكن اعتبارها مصدراً للقانون، كما أن الحكم القضائي وفقاً للعدالة كأحد مكونات القانون التجاري الدولي لا يتفق والأمان القانوني الذي يستشعره الأطراف في الأحكام القضائية؛

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص289.

(2) صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص179 وما بعدها.

لأنه لن يكون هناك تسبيباً قانونياً يمكن الاستناد إليه للاقتناع بالحكم أو القرار، فاقتناع القاضي بالعدالة ليس تسبيباً في مفهوم القانون، مما قد يجرد المتعاقدين من القدرة على التوقع ويحرمهم على هذا النحو من الأمان القانوني لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه القاضي في النزاع باسم العدالة[1].

3.1 مدى تمتع قانون التجارة الدولي بصفة النظام القانوني

على نحو ما سبق من تعريف لقواعد قانون التجارة الدولية وخصائصه تبين لنا ماهية قانون التجارة الدولي، لكن السؤال الذي يثار في هذا الميدان وهو هل تشكل هذه القواعد نظاماً قانونياً كاملاً أم لا؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من بيان ما المقصود بالنظام القانوني ومدى إمكانية تعدد النظم القانونية في الدولة وهذا ما سنبحثه آتياً من خلال المطالب التالية:

1.3.1 مفهوم النظام القانوني

ليس من السهولة بمكان بيان المقصود بالنظام القانوني كمصطلح قانوني؛ وذلك لأن مفهوم النظام القانوني من أعقد المفاهيم التي واجهت الفكر القانوني، وكان الهدف منه دائماً في المقام الأول فهم الظواهر القانونية بشكل عام، ووضع تصور شامل لها يجمع ما بين العناصر القانونية وغير القانونية، فما المقصود بالنظام القانوني، وما مدى إمكانية تعدد النظم القانونية، هذا ما سنبحثه آتياً من خلال الفروع التالية:

أولاً: التعريف النظام القانوني:

يوجد العديد من التعاريف تصلنا جميعها بالنهاية إلى مفهوم واحد، لخصه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة بقوله" إن كل نظام قانوني يتكون من جانبين، الأول جانب عضوي أو نظامي، والثاني جانب قاعدي "[2] ، وبالنسبة للأول هو تنظيم لوحدة اجتماعية

[1] صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص180.

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص314

معينة له وجود حقيقي وملموس وهو ما نطلق عليه (Institution)، وهذا ما تتبناه الدراسات الحديثة، حيث تتبنى مفهوم القانون باعتباره نظاماً قانونياً أوجده مجتمع منظم أو مؤسسة أو عدة مؤسسات تعبر عن وجود هذا المجتمع، وتعمل على سد حاجاته بما فيها الحاجات القانونية[1].

وأما الجانب الآخر فهو الجانب القاعدي، أي وجود القواعد القانونية، وهذا ما يطلق عليه (Les norms)؛ ولكن يعد الجانب الأول هو أسبق في الوجود، ويضيف أحمد سلامة أن " الجانب العضوي أو التنظيم هو القانون ذاته بينما لا تكون القواعد إلا تعبيراً عنه"[2].

وبخصوص عناصر النظام القانوني فهي ثلاثة، الأولى القواعد المعيارية وهي العنصر الأبرز في النظام القانوني، والثانية هي المفاهيم والأنظمة القانونية والمبادئ العامة للقانون والقيم وهذه كلها تشكل نظاماً تحتياً يمثل الأساس الذي تتغذى عليه القواعد القانونية، أما العنصر الأخير فهو المؤسسة ممثلة في المجال الجغرافي والمجال الاجتماعي للقانون[3].

ثانياً: مدى إمكانية تعدد النظم القانونية:

لما كان مفهوم النظام القانوني يمكن له أن يوجد في كل جماعة منظمة على نحو كاف، ويتوفر لها أجهزة تمارس سلطة معينة على أعضاء تلك الجماعة بصدد العلاقات والروابط التي تنشأ بينهم ولو لم يتوفر لها وصف الدولة لأن هذه الأخيرة لا تحتكر صناعة القانون[4].

ويشير الأستاذ هشام علي صادق إلى " إن إنكار الصفة القانونية على قواعد قانون التجارة الدولي لا يتأتى إلا في ظل المفهوم التقليدي الذي يربط بين القانون والدولة ولا

---

[1] درويش، محمد محسوب، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، ص329.

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص314.

[3] درويش، محمد محسوب، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، ص90.

[4] صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص160.

يتصور وجود قواعد القانون إلا في مجتمع سياسي منظم يخضع لسلطة عليا تصدر عنه هذه القواعد وهو ما لا يصدق إلا على المجتمعات الداخلية للدول المختلفة لكن في ظل المفهوم الحديث لم يعد صحيحاً هذا القول على إطلاقه إذ يكفي لتكوين القاعدة القانونية بوصفها قاعدة سلوك أن تنتمي إلى مجتمع منظم ولو لم يكن مجتمعاً داخلياً لدولة معينة، فالدولة ليست الكيان الاجتماعي الوحيد القادر على تكوين القانون"[1].

ويؤكد أحمد عبد الكريم سلامة ذلك بقوله " تنظيم الدولة لا يعد ضرورياً في هذا الخصوص"[2]، ومعنى ذلك أن النظام القانوني الوطني يمكن أن يوجد بجانبه أكثر من نظام قانوني في الدولة طالما توفر العنصران اللازمان لوجود أي نظام قانوني بصفة عامة التنظيم والقواعد.

وعليه فإن كل وحدة لجتماعية تشكل نظاماً قانونياً وليس فقط الدولة فكل ما هو قانون لا يجب أن يعزى إلى الدولة أو على الأقل إلى إرادة زائفة لها، فالنظام القانوني الوطني مثلاً هو نظام المجتمع كله، بينما داخل هذا النظام يوجد العديد من المراكز التي تنشئ القانون ولها قانونها الخاص على هامش قانون الدولة والمثال البارز في ذلك النقابات والجمعيات، فهذه المجموعات ترسى قواعدها الذاتية باعتبارها أكثر ملائمة لنشاط أعضائها من قواعد قانون الدولة[3].

وبناءً على ما سبق وبعد أن تطرقنا لمفهوم النظام القانوني، فإن التساؤل الذي يثار هو ما إذا كانت قواعد قانون التجارة الدولي تشكل نظاماً قانونياً أم لا؟

للإجابة عن هذا التساؤل ظهر ثلاث اتجاهات فقهية، نتناولها تباعاً في المطلب الثاني آتياً.

---

(1) صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص160.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص315.

(3) درويش، محمد محسوب، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، ص122.

2.3.1 موقف الفقه من قواعد قانون التجارة الدولية واعتبارها نظاماً قانونياً

اختلف الفقه حول إمكانية تشكل قواعد قانون التجارة الدولية قاعدة موضوعية لها صفة النظام القانوني، فهناك رأي أنكر تلك الصفة على قواعد قانون التجارة الدولية وآخر اعترف بصفة النظام القانوني لتلك القواعد، وأخيراً هنالك رأي جمع بينهما حيث اعترف بصفة النظام القانوني لكنه نظام غير كامل، وآتياً سنستعرض تلك الآراء بشيءٍ من التفصيل.

أولاً: الرأي المنكر لصفة النظام القانوني لقواعد قانون التجارة الدولية:

ذهب جانب من الفقه إلى إنكار صفة النظام القانوني لقواعد قانون التجارة الدولية، ويستند أصحاب ذلك الرأي على عدة حجج منها أن غالبية قواعد قانون التجارة الدولية ذات طابع مكمل أو مفسر لإرادة المتعاقدين، حيث لا يتصور أن يقوم نظام قانوني متكامل مجرداً على هذا النحو من القواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة ولا يتوقف تطبيقها على إرادة الأفراد(1).

وحجتهم الثانية في هذا المقام أن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة أو التنظيم، أي أن لكل مجموعة اجتماعية نظام قانوني وهذه الصفة لا تتوفر إلا إذا كنا بصدد جماعة متماسكة دون أن ينقصها التنظيم اللازم لقيام مثل هذا النظام(2).

وبناء على ما سبق، يصعب الاعتراف – وفقاً لوجهة نظرهم – بصفة النظام القانوني لمجموع قواعد قانون التجارة الدولية؛ لأن مجتمعهم في حقيقته مجموعات مشتتة، ينقصهم التنظيم الحقيقي الذي يعطي صفة التماسك(3).

---

(1) صادق، هشام علي،(2007)، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ، ص280.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، ص369.

(3) درويش، محمد محسوب، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، ص382.

وأخيراً يرى هؤلاء إلى أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس ما لم تقترن قواعده بجزاء يحمل الأفراد على احترامها، وقواعد قانون التجارة الدولية تفتقد لهذا الجزاء وبالنتيجة تفتقد القواعد قوتها[1].

تلك كانت الحجج الرئيسة التي ساقها المنكرين على قواعد قانون التجارة الدولية صفتها القانونية؛ لكن هذا الرأي لم يلقَ رواجاً، ويقول الأستاذ (جولدمان) في محاضرته أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص عام (1979) " أنه إذا كان ما يميز النظام القانوني هو وجود سلطة لصنع قواعده، فتلك السلطة موجودة في مجال التجارة الدولية، والتي تتمثل في التنظيمات المهنية وغيرها "[2].

كما ويؤكد البعض الآخر أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تعتمد على وجود شبكة من العلاقات التجارية التي تتحرر من رقابة الدولة ولو بصفة جزئية، مع العلم أن وجود تلك العلاقات لا يكفي والسبب يكمن في فكرة القانون التجاري الدولي؛ حيث يفترض وجود جماعة تجارية أو صناعية متعددة الجنسيات، والفقه الراجح يؤيد ذلك التحليل، أي بمعنى آخر كل وحدة اجتماعية تشكل نظاماً قانونياً، وليس فقط الدولة ولهذا فإن تلك الأخيرة تعد كائن لا يتميز عن الكائنات التي تستحق هذا التكييف، فكل ما هو قانون ليس بالضرورة أن ينسب للدولة[3].

ونرى من خلال الحجج السابقة أنه وبخصوص نقص التنظيم الحقيقي وبالرغم من وجود التشتت المبرر من وجهة نظر الباحث إلا أنه لا يعني تشتت يؤدي بالنتيجة إلى تعارض مصالح، حيث يبقى الحد الأدنى من المصالح المشتركة يدفعهم للتضامن سعياً لتحقيقها.

وبخصوص القول بانعدام الجزاء فهو قول يجانب الصواب؛ حيث قواعد القانون الدولي العام على سبيل المثال قد أثارت مثل هذا الجدل لغياب سلطة عامة للمجتمع

---

[1] المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص51.

[2] مشار لدى: سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، ص318.

[3] سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، ص319.

الدولي يمكن لها توقيع جزاء مادي إذا ما تمت مخالفة أحكامه[1]، ومع ذلك لم ينكر الفقه على أحكام القانون الدولي القوة الملزمة، وإذا كان الأمر كذلك في شأن قواعد القانون الدولي العام والتي تنطبق في مجتمعات ليس بالضرورة تجانسها وعليه فيكون تقرير الصفة الملزمة المقترنة بالجزاء لقواعد قانون التجارة الدولية أوجب.

ثانياً: الرأي المقر لصفة النظام القانوني غير الكامل لقانون التجارة الدولية:

لم يتجه هذا الرأي إلى حد إنكار صفة النظام القانوني على قواعد قانون التجارة الدولية، بل أقر هذا الاتجاه صفة النظام القانوني ولكنه غير كامل، كالجنين في بطن أمه[2].

وباستقراء حجج هذا الرأي تتلخص بأن هذه القواعد لا تحتوي على قواعد كافية تغطى كافة المسائل التي تثور في إطار العلاقات الخاصة الدولية؛ بحيث يستغنى عن كل إحالة إلى قانون وطني؛ لأنه أصبح من غير المتصور عملياً، وعلى الرغم من أن قواعد قانون التجارة الدولية تمثل نظاماً قانونياً؛ لكن من وجهة نظرهم أنها تعتمد على النظم القانونية الوطنية؛ لذلك أسبغ عليه بأنه غير كامل علاوةً على أنه –وفقاً لوجهة نظرهم – يحمل القاضي على إعمال منهج قاعدة الإسناد وإسناد الرابطة إلى قانون داخلي[3].

ونرى بأن هذا الرأي وإن كان قد اعترف بصفة النظام القانوني لقواعد قانون التجارة الدولية، إلا أنه من وجهة نظرهم غير كامل وعلتهم في ذلك أنه يحمل القاضي إلى إعمال منهج قاعدة الإسناد؛ لكن لا نسلم بمنطقية حججهم حول عدم كمال قواعد قانون التجارة الدولية وذلك لتوفر أوصاف القاعدة القانونية لقواعد قانون التجارة الدولية كما سيتبين

---

[1] الفتلاوي، سهيل حسين وآخرون، (2009)، القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، ص22.

[2] Paulsson.(1990) أشار إليه المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص48.

[3] سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، ص376.

لاحقاً في معرض حديثنا عن الرأي المقر لصفة النظام القانوني الكامل لقواعد قانون التجارة الدولية.

ثالثاً: الرأي المقر لصفة النظام القانوني لقواعد قانون التجارة الدولية:

يتبين في ما سبق أن هنالك اتجاه ذهب إلى إنكار صفة النظام القانوني لقواعد قانون التجارة الدولية، واتجاه اعترف بصفة النظام القانوني غير الكامل لقواعد قانون التجارة الدولية؛ لكن اتجه الفقه الغالب والحديث من خلال النظر إلى الخصائص العامة للقاعدة القانونية أن قواعد قانون التجارة الدولية يشكل نظاماً قانونياً شأنه شأن أي نظام قانوني تصنعه الدولة وعليه فإن قواعد قانون التجارة الدولية أصبحت نظام قانوني بل منهج كامل يحتوي من القواعد والأصول القانونية ما يؤهله لمنافسة المنهج التقليدي لقواعد الإسناد.

أما عن حجج وأسانيد هذا الرأي فأثير هذا التساؤل بأنه هل تتوافر أوصاف القاعدة القانونية في القاعدة الموضوعية للتجارة الدولية ؟ ، وحتى يتم الإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من معرفة أوصاف القاعدة القانونية ومن ثم إسقاطها على قواعد قانون التجارة الدولية.

عرّف بعض الفقهاء القاعدة القانونية بأنها " مجموعة القواعد العامة والمجردة، التي تحكم سلوك الأفراد بالمجتمع، والمقترنة بجزاء دنيوي والتي تلزمهم السلطة العامة باحترامها ولو بالقوة إذا لزم الأمر "[1] ، وعليه نجد أن القاعدة القانونية أداة من أدوات الضبط الاجتماعي تمارسه السلطة العامة لحفظ النظام العام وتنظيم العلاقات بين الأفراد، وعمومية وتجريد القاعدة القانونية نشأت تخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم، وتتكون عموماً من ركنين الفرض والحكم، أما الأول فهو عبارة عن وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع مثل ارتكاب عمل خاطئ أو إبرام عقد، والثاني هو الأثر القانوني أي الحل الذي يقرره القانون وينطبق الحكم عند توفر الشرط في الفرض[2].

---

[1] الصدة، عبد المنعم فرج، (1994)، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص11 .

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، ص46.

أما بخصوص العلاقة ما بين الركنين فإن القاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية بين الفرض والحكم، بحيث إذا توفر الفرض وجب إعمال الحكم وعلى سبيل المثال المادة (256) من القانون المدني الأردني " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" أي إذا ما تسبب (أ) ضرراً لـ (ب) (ركن الفرض)، توجب على (أ) التعويض (ركن الحكم).

والقاعدة القانونية وإن لم تحقق العدالة التي ترمي إليها فهي بحد أدنى تعمل على توفير الأمان القانوني للروابط التي تنشأ بين الأفراد، وهي لا تكون قاعدة قانونية إلا إذا كانت نابعة من جهة لها اختصاص بوصفها سلطة تشريعية، وأيضاً يكون لها جهة تسهر على كفالة تطبيقها وتوقيع الجزاء على كل من يخالفها[1].

كانت تلك أوصاف القاعدة القانونية فنعمل على إسقاط هذه الأخيرة على قواعد قانون التجارة الدولية بالإجابة عن هذا التساؤل، هل تنطبق تلك الأوصاف على قواعد قانون التجارة الدولية؟ إذا كانت الإجابة بالإيجاب فقضي الأمر الذي فيه نستفتي، وعلى هذا النحو يتجه الرأي الغالب في الفقه على أن قواعد قانون التجارة الدولية هي قواعد قانونية حقيقية تستمد صفتها من عدة عوامل نجملها بالآتي:

أ. التضامن والتعاون بين رجال التجارة الدولية الذي صار حقيقة واضحة تكونت له كافة العناصر اللازمة لنشأة نظامه القانوني، وهذا ما أكدته منظمات ومؤسسات هذا المجتمع بل وجهازه القضائي المتمثل في مراكز التحكيم[2].

فالقواعد القانونية يمكن أن توجد في كل مجتمع ولا يلزم الانتظام في شكل دولة، طالما وجدت الجماعة المتماسكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها، وتكتسب بالتالي قواعدها صفة القاعدة القانونية ذات الأصل العرفي وهي قاعدة مقبولة ولو أنها بطبيعة الحال لم تقرها سلطة تشريعية[3].

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، ص324.

[2] درويش، محسوب، نشأة وتطور قانون التجارة الدولية، ص137.

[3] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص326.

ب. وجود أجهزة تسهر على احترام القواعد السلوكية وتتمثل هذه الأجهزة في إطار قواعد قانون التجارة الدولية بهيئات التحكيم، وهذه الأخيرة سلطة قضائية حقيقية تساعد على صيانة واستقلال المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال[1]، كما أن الوجود للقاعدة المتمثل في وجود القاضي ونظام الإكراه الخارج عن الأطراف هو ما يكفله نظام التحكيم لقواعد قانون التجارة الدولية[2]، وكذلك تؤكد الاتفاقيات الدولية وقضاء التحكيم على حق المحكمين في التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية دون حاجة لتمسك الأفراد بتطبيقه سواء صراحةً أو ضمناً[3].

ج. وجود جزاء ذاتي له استقلاله يضمن احترام تلك القواعد كما هو الشأن بالنسبة لقواعد القانون الوضعي وتلك الجزاءات متنوعة بما يلائم المجتمع الذي تسود فيه، فهناك جزاءات مالية كتقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم، وهناك جزاءات أدبية كنشر اسم من صدر الحكم ضده[4]، وقد أثبت الواقع العملي أن غالبية أحكام التحكيم تنفذ تلقائياً دونما حاجة إلى تدخل سلطات الدولة؛ وذلك تفادياً للجزاءات التي يتعرض إليها المخالف[5].

ويخلص الفقه إلى أن كل مجتمع يخلق قانونه، ولما كانت القاعدة القانونية هي التي تحكم فعلاً جماعة معينة فإن أعضائها يعتقدون أنهم إذا ما خالفوها سيدخلون في صدام ليس فقط مع ما هو حسن، ولكن أيضاً مع تنظيم سير تلك الجماعة، وبالتالي فإن قانونهم لا يعني فراغاً قانونياً إنما يعني قواعد قانونية تفرض ويجب أن تطبق طالما تكونت بطريقة كافية، وتحققت لها فعلاً صفة العمومية والعلم السابق بها[6].

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، ص326.

(2) جمال الدين، صلاح الدين محمد، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، (1993)، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص825.

(3) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص142.

(4) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص327.

(5) الرفاعي، أشرف عبد العليم، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص92.

(6) حبيب، ثروت،(1999)، قانون التجارة الدولية، ص382 .

ويقول الأستاذ (جولدمان) في هذا الصدد " أن قواعد قانون التجارة الدولية هي قواعد موضوعية تشكل نظاماً قانونياً بكل ما تحمله الكلمة من معنى له صفة الكمال والانغلاق، بمعنى قدرته على الاكتفاء الذاتي وله نظامه العام الدولي المطلق أو الحقيقي"[1]، وقد أيد هذا الرأي الأستاذ (PH.Fouchard) بقوله " إن قانون التجارة الدولية هو نظام قانوني تام أو كامل"[2].

ونخلص مما سبق من خلال ما تم طرحه من آراء للفقهاء، أن الرأي الأخير هو الرأي الغالب بين أوساط الفقهاء، وعليه نؤيد هذا الاتجاه بأن قواعد قانون التجارة الدولية تشكل عموماً نظاماً قانونياً طالما اجتمعت فيه أوصاف القاعدة القانونية على نحو ما أشرنا إليه سابقاً، فهي قواعد سلوكية يحترموها المخاطبون بها، يطبقها القاضي أو المحكم إذا ما عرض النزاع عليهما، لكن يبقى ثمة تساؤل يطرح في هذا الميدان فيما إذا كان القاضي يطبق هذه القواعد مباشرةً أم لا بد له من اللجوء لمنهج التنازع، هذا ما سنبينه تفصيلاً في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

---

(1) Fouchard,(1965) ، أشار إليه المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص62.

(2) أشار إليه: سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص320.

الفصل الثاني

أساس تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية أمام القضاء الوطني

تبين معنا في الفصل الأول من هذه الرسالة ماهية قواعد قانون التجارة الدولي، كما وتعرفنا على مصادر هذه القواعد، وبناء على ذلك لا بد لنا في هذا المقام من معرفة مركز هذه القواعد أمام القضاء الوطني؛ بمعنى آخر أن هل القاضي الوطني يطبقه مباشرة أم أنه يطبقه عن طريق إعمال منهاج التنازع، وهذا ما سنبحثه آتياً.

1.2 التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية

إن قواعد قانون التجارة الدولي متى كانت تشكل جزء من النظام القانوني للقاضي تطبق مباشرةً على النزاع الماثل أمام القاضي الوطني؛ طالما أنها تندرج في نظام قانوني يشكل في مجموعة عناصره الجوهرية قانوناً، ولا بد لنا أن نبين المقصود بالتطبيق المباشر قبل التطرق إلى أسانيد ذلك التطبيق.

1.1.2 ماهية التطبيق المباشر

يقصد بالتطبيق المباشر أي أن القاضي الوطني يطبق قواعد قانون التجارة الدولي دون إعمال لمنهاج التنازع وبالتالي هو منهج يتمتع بموجبه القاضي بسلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق مباشرةً دون الحاجة إلى إعمال منهاج التنازع[1]، أي بمعنى آخر متى ما كانت القاعدة موضوعية فإنها تطبق مباشرةً على النزاع.

وتعرف القواعد الموضوعية على أنها تلك القواعد التي تضع تنظيماً موضوعياً خاصاً ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية، فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة

---

(1) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص257.

حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية، وهي تشكل بالتالي قانون ذاتي مستقلاً بالمقارنة بالقانون الداخلي[1].

وعليه ولما كانت قواعد قانون التجارة الدولية قواعد موضوعية فإنها تعطي الحل الموضوعي مباشرةً وتطبق مباشرةً على النزاع.

وعليه فإن القاعدة القانونية تنهي النزاع أو تتفاداه؛ أي أنها تؤدي وظيفتين، الأولى وقائية تمنع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون، كما يساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقود وهو ما يقلل – إلى حد كبير – من فرص نشوء النزاع في المستقبل، ولا شك أن الوظيفة الوقائية تعد الأولى لوظائف القانون بوجه عام.

أما الثانية فهي علاجية أي بعد نشوء النزاع فقد تعين الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السلمي للالتزامات التعاقدية وقد يتم عن طريق الوساطة والتي تؤدي إلى تسوية ودية وعادلة للنزاع، وقد يكون العلاج عن طريق القضاء يقضي إلى حكم ملزم في النزاع.

ومتى ما كانت القاعدة موضوعية فإنها لا تحتاج في تطبيقها لإعمال منهج التنازع كالرجوع لقاعدة الإسناد التي تشير بتطبيق قانون الإرادة في شأن العقود الدولية[2].

فعلى سبيل المثال أي قاعدة من قواعد اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (هامبورغ)[3] تعد قاعدة موضوعية ويطبقها القاضي مباشرةً.

مميزات القاعدة الموضوعية:

كما نعلم أن قواعد الإسناد تعد وسيلة غير مباشرة وغير محددة المضمون، متضاربة الحلول وطنية المصدر والموضوع وتستخدم طريق شاقة وبالنهاية لا تقدم حل

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم،(2000)، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة،ط1،ص47.

(2) J-M Jacquet,(1981) أشار إليه صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص257.

(3)اتفاقية هامبورغ هي اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع والتي صدرت بتاريخ 1978/3/31 وصادقت عليها الأردن بتاريخ 2001/2/20، أنظر نصوص هذه الاتفاقية في موقع قسطاس الالكتروني.

موضوعي، بينما القواعد الموضوعية تمتاز بمميزات عديدة وخصائص تميزها عن غيرها وأهمها:

أولاً: قواعد نوعية:

ويتمثل ذلك بحلولها الخاصة التي تميزها عن سائر القواعد والمناهج الأخرى، حيث تأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية، وبهذه الخصوصية صارت الوسيلة الفعالة والوحيدة دون سواها في هذا الخصوص، لأنها شرعت خصيصاً من أجلها وتحل مباشرة مشكلاتها[1].

فالقواعد الموضوعية تتميز بتأكيدها على خصوصية العلاقات الدولية، والتي تتطلب تنظيماً خاصاً، وهو تأكيد المشرع لوطني والتجار ورجال الأعمال حيث قدروا جميعاً ضرورة وجود هذه القواعد، فلا يكاد يخلو نظام قانوني وطني في الوقت الحاضر من وجود مثل هذه القواعد القانونية، والمجتمع الدولي للتجار ومشكلاته الذاتية ومعطياته تقتضي قواعد جديدة تتمشى مع تلك المعطيات وتتلاءم مع تلك الذاتية، فهذه المشكلات والعقود الدولية تحتاج كضرورة حتمية إلى هذه القواعد، حيث أصبحت العقود الدولية في الوقت الحاضر في آلياتها وقيمتها مختلفة تماماً عن العقود التقليدية؛ الأمر الذي دفع المجتمع الدولي بشن هجوم واسع النطاق لتحطيم تلك القيود وتوحيد القانون التجاري الدولي توحيداً عالمياً[2].

ثانياً: قواعد دولية عالمية:

عالمية القواعد الموضوعية ودوليتها سمة من سمات القواعد الموضوعية ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها:

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص390.

[2] حداد، حمزة، قانون التجارة الدولي، ص9.

أ- إن القانون الموضوعي الموحد في المسائل الدولية يحقق مرونة أكثر، ويحتل أهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص ويعتقد البعض[1] أن قواعد التنازع يجب أن تختفي؛ باعتبار أن اللجوء إلى القواعد الموضوعية أصبح الطريقة الأفضل والمتفوقة بلا جدال على القوانين الوطنية؛ لأن هذه الأخيرة تتضمن قواعد خاصة ولها خصوصياتها.

ب- إن القواعد الموضوعية وخصوصاً تلك التي مصدرها الاتفاقيات الدولية تضع ضوابط للدولية أو العالمية بحيث لا يتوقف أحكامها على جنسية الأطراف حتى ولو كان هؤلاء الأطراف من رعايا دول غير متعاقدة طالما أن العلاقة قد استوفت شروطها المحددة، وتستهدف من وراء ذلك توسيع نطاق تطبيقها[2].

ونخلص إلى أن عالمية القواعد الموضوعية تحقق الأمن القانوني وتوقعات الأفراد على المسرح الدولي، فهي تبين حكم القانون؛ فكيف يطمئن أطراف علاقة قانونية ذات خصوصية دولية على حقوقهم إذا كانوا لا يعلمون مقدماً أي قانون سيطبق عليهم.

ثالثاً: قواعد سهلة في التطبيق:

إن السهولة في العلم بالقاعدة الموضوعية وفي تطبيقها من المميزات اللصيقة بالقواعد الموضوعية، فالسرعة والأمان وتوقع الحلول من متطلبات العلاقة ذات الطابع الدولي وخصوصاً في مجال التجارة الدولية، وهذه المتطلبات تتوفر بلا شك في القواعد الموضوعية، باعتبارها من أبرز خصائصها، فالسهولة والوضوح والعلم المسبق بهذه القواعد يحقق لأطراف العلاقة والقضاة معرفة حكم القانون ومضمون الحل الواجب التطبيق في المسألة سلفاً، مما يبعث على الاطمئنان بين المتعاملين في العلاقات الخاصة ذي الطابع الدولي ونزع مخاوفهم وشكوكهم في ثبات القواعد التي تحكم علاقاتهم[3].

---

[1] VON-overbeeck,(1987), أشار إليه المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص435.

[2] عبد الله، سامي، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ص206.

[3] خير، عادل محمد، عقود البيع الدولي، ص21.

رابعاً: قواعد واقعية، ملائمة وسريعة في حلولها:

بخصوص واقعية القواعد الموضوعية، فهذه القواعد قد صيغت لمواجهة مواقف واقعية دولية؛ لأن الالتجاء إليها يسمح بحل بعض الصعوبات الناتجة عن ظروف الواقع، فالاعتبارات العملية بصفة خاصة هي أساس التسليم بالقواعد ذات التطبيق المباشر عموماً[1].

أما عن السرعة والملائمة، ففي التعامل التجاري بالذات يتطلب السرعة في الإنجاز وليس من مجيب لذلك أفضل من القواعد الموضوعية وبالذات قواعد قانون التجارة الدولي كالعقود النمطية في حال اتفق عليها الأطراف، فتكفي إشارة بسيطة إلى هذه العقود لتحديد التزامات المتعاقدين بدقة[2].

بعد أن بينا ماهية التطبيق المباشر الذي لا يتأتى إلا عندما نكون أمام قاعدة موضوعية، لا بد لنا من معرفة أسانيد التطبيق المباشر لقانون التجارة الدولي هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا بد لنا من تقييم هذه الأسانيد من خلال مصادر قانون التجارة الدولي.

2.1.2 أسانيد التطبيق المباشر لقانون التجارة الدولي

يمكن لنا القول أن التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولي أمام القاضي الوطني يستند لعدة أفكار قانونية، نستعرضها آتياً والانتقادات التي وجهت إليها.

أولاً: قاعدة القاضي يختار القاضي قانون:

تختص هذه الفكرة بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولي تطبيقاً مباشراً أمام هيئات التحكيم وليس أمام القضاء الوطني؛ حيث يستند التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم إضافة للأسانيد التي سيتم الإشارة إليها إلى قاعدة من يختار القاضي يختار قانونه؛لأن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً يعد بمثابة قانون اختصاصه على

---

[1] صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ص677.

[2] حداد، حمزة أحمد، قانون التجارة الدولي، ص20.

غرار القاضي، الأمر الذي يقتضي اعتبار مجموع قواعد قانون التجارة الدولية بمثابة قانون اختصاصه، وبالتالي يقوم المحكم بتطبيقها تطبيق مباشر، ولما كانت هذه القواعد قانون القاضي بالنسبة للمحكم فإن تطيقها يكون دائماً مفترضاً بمجرد الالتجاء لهيئة تحكيم، وأن اختيار تطبيق هذه القواعد يجب أن يكون مفترضاً في كل عقد دولي يتضمن اتفاق تحكيم ما لم يثبت خلاف ذلك[1].

وفي معرض الرد على هذه الفكرة، فإن اعتبار قواعد قانون التجارة الدولية بمثابة قانون القاضي وبالتالي تطبق بالأفضلية على أي قانون آخر حجة واهية – برأيهم – ، فإذا كان القاضي يطبق من تلقاء نفسه قواعد قانون التجارة الدولية بمجرد انعقاد الاختصاص له فإن هذا مخالف للواقع والقانون، وعلى سبيل القياس فالمحكم نفسه لم يتلق اختصاصه ولم يوجد إلا باتفاق الأطراف، فكأن إرادة الأطراف لا تزال ماثله في خصوص كل تصرف أو عمل قضائي أو غيره يقوم به المحكم، فإرادة الأطراف الضمنية على الأقل تمثل الأساس الخفي لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وتلك هي ذاتها قاعد إسناد[2].

ويؤكد هذا المعنى أحد المتخصصين في تحليل أحكام غرفة التجارة الدولية الأستاذ (Derains)، حيث يقول أن الغرفة لم تقم بتطبيق عادات التجارة الدولية بطريقة آلية ومباشرة بل كانت تلجأ في أغلب الحالات إلى اختيار نظام تنازع القوانين لتقدير ملائمته وتختار من خلاله القانون الواجب التطبيق للنزاع[3].

بالإضافة إلى أن المحكمين – حتى في الحالات التي سكت الأطراف عن اختيار قانون داخلي– قد لا يمنعهم من إعمال منهاج التنازع وإسناد الرابطة لقانون داخلي لسد النقص في قواعد قانون التجارة الدولية ذات التطبيق المباشر، بل ويصعب عند البعض في هذا الفرض استبعاد قواعد قانون التجارة الدولية ذات الطابع المكمل عند تعارضها مع أحكام القانون الداخلي؛ ذلك أنه لا يتأتى هذا الاستبعاد إلا بالإرادة الصريحة، أما وقد

---

(1) Goldman,(1983), مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص258.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص427.

(3) Derains,(1973), مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص126.

سكت الأطراف عن هذا الاختيار فقد أصبح من المتعين تطبيق أحكام قانون التجارة الدولية باعتبار أن تدخل منهج التنازع أمام القاضي أو المحكم يعد منهجاً مكملاً لقواعد قانون التجارة الدولية، ويبدو هذا الراجح وفقاً للرأي الغالب، بدليل أن المحاججين لم ينكروا فكرة التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية، بل وقفوا فقط عند فكرتي من يختار القاضي يختار قانونه، وفكرة الاستقبال[1] والتي نوضحها آتياً.

ثانياً: فكرة الاستقبال

يقصد بفكرة الاستقبال نقل تنظيم قانوني من عمل الغير كما هو، ونقبله كأنه تنظيم من صنع المشرع أو القضاء الوطني[2]، فتلك فكرة فنية جديدة تعين على إمكانية التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية دون حاجة لمنهاج التنازع، ومقتضى تلك الفكرة أن القضلء إذا كان يطبق تلك القواعد مباشرةً ودون استعانة بمنهاج التنازع، فما ذلك إلا لأن قواعد قانون التجارة الدولية قد تم استقبالها وإدماجها في النظام القانوني الوطني وصارت جزءاً لا يتجزأ من قانون القاضي، ومن ثم تكون واجبة التطبيق ومتقدمة بذات الوقت عن أي قانون آخر[3].

وهذا التقدم قد تشكل في ظل غياب القضاء الدولي الخاص، حيث لا يمكن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية إلا عن طريق استقبال وطني تعود كيفيته ومبدأه إلى سيادة الدولة وفي حدود احترام سيادتها وقوانينها، وبالنتيجة تساعد هذه الفكرة في تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بشكل مباشر[4].

وفي معرض الرد على هذه الفكرة حيث إن فكرة التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية دون وساطة قاعدة الإسناد فكرة خيالية وليست حقيقية –وفقاً لوجهة نظرهم

---

(1) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص211.

(2) أبو النمر، أبو العلا، (2006)، المختصر في التنازع الدولي للقوانين، درا النهضة العربية، القاهرة، مصر ص40.

(3) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص414.

(4) عبد الله، سامي، (1987)، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية للنشر، بيروت، ص122.

– ، ولا وجود لها في الواقع القضائي، وإنما على حد تعبيرهم هي في ذهن الفقهاء الذين يدعون إليها، ومن ثم فهي لا تصلح إذا قصرنا مجالها على استقبال القواعد القانونية[1].

إن أساس النظام القانوني لا يقوم إلا بوجود القواعد القانونية الآمرة، والملاحظ أن قواعد قانون التجارة الدولية قواعد مكملة لا يتم إعمالها في عقود التجارة الدولية إلا بإرادة الأطراف، وهذه العادات المتفق عليها لا تعد قواعد قانونية بل هي على الأكثر مجرد عادات اتفاقية، وحيث أن تلك الأخيرة عبارة عن قواعد مكملة فلا يمكن أن ينشأ عنها نظام قانوني، وبما أن فكرة الاستقبال يعني أن نظاماً معيناً تم تلقيه لنظام آخر خارج ومستقل عنه فإن هذه الفكرة غير متحققة في نظر أصحاب هذا الاتجاه؛ لأنه إذا كان النظام القانوني للدولة موجوداً أو قائماً فإن قواعد قانون التجارة الدولية لا تشكل نظاماً قانونياً كاملاً ومستقلاً، بل تعتمد على النظم القانونية الوطنية في إعمالها وفي جوهرها وفي فعاليتها، وهذا السند الذي تقدمه تلك النظم لا يمكن نكرانه[2].

وفي وجهة نظرهم أيضاً أنه وعلى فرض اعتبار قواعد قانون التجارة الدولية قواعد قانونية تشكل نظاماً كاملاً ومستقلاً فإن استقبالها في النظام القانوني الوطني الذي يلتزم به القاضي أو المحكم وفق قواعد الإسناد التي يسير عليها يتطلب وسيلة فنية معينة يتم بموجبها إدخالها في ذلك النظام القانوني للقاضي، والسائد لدى الفقه بشأن فكرة الاستقبال هو أن قاعدة الإسناد هي التي تنهض باستقدام القواعد المراد استقبالها في النظام القانوني للقاضي أو المحكم، وكأنه لا غنى عن قاعدة الإسناد لإمكانية تطبيق القواعد الموضوعية[3].

ونخلص إلى أن هذا الرأي ليس على إطلاقه سواء في مسألة اعتماد قواعد قانون التجارة الدولية على النظم القانونية الوطنية أو على قاعدة الإسناد، فاستقراء الواقع العملي

---

(1) أنظر في ذلك الرأي هامش: سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص340.

(2) Goldman,(1983), Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria rev.P379, مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص451.

(3) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص431.

من خلال ما اطلعنا عليه من قرارات ونماذج العقود الدولية يبصر بأن الأطراف لا يدرجون في عقودهم شرط الاختصاص التشريعي إلا من أجل واجب تعاقدي وهو ضرورة استكمال إجراء شكلي وملء الفراغ أو البند الخاص بهذا الاختصاص، أو هو مجرد عادة متعارف عليها في الأوساط المهنية بالصياغة القانونية لعقود التجارة الدولية دون أن يعكس هذا اهتملاً أو هماً يشغل بال الأطراف في العقد التجاري الدولي، فهم لا يعيرون أي اهتمام يذكر لسبب اختيار ذلك القانون أو غيره، ولكن إن تم ذلك الاختيار فهو كما يرى الأستاذ أحمد سلامة لا يكون إلا كخط دفاع أخير إذا لم تسعف نصوص وأحكام العقد في تقديم إجابة للنزاع المثار بين الأطراف؛ لأنهم يعدون مقدماً القواعد القانونية التي تساعد على حل ما قد يثور من منازعات حول عقودهم[1].

ثالثاً: إرادة الأطراف

حق الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم علاقاتهم أصبح حقاً سائداً في مختلف التشريعات والأنظمة القانونية المعاصرة، باعتبار هذا الاختيار هو قاعدة موضوعية في القانون الدولي الخاص تستند إلى مبدأ حرية التعاقد، إلا أن هنالك ثمة اختلاف ما بين هذه القاعدة والقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية التي تتضمن حلاً مباشراً، ومن باب أولى فإنها بكل تأكيد تختلف عن قاعدة الإسناد؛ لأن هذه الأخيرة والمعروفة في منهاج التنازع يتم إعمالها من خلاله، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن قاعدة الاسناد التقليدية تتخذ من إرادة الأطراف ضابطاً لإسناد العقد لقانون معين، لا يملك الأطراف الخروج عن أحكام قواعده الآمرة[2].

ومن جانب ثالث فإن القاضي لا يملك البحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة طالما أن القاضي يجهل طوال المرحلة – مرحلة تحديد القانون المختص – مضمون القوانين المتنازعة، فإنه يكون من غير المتصور استطاعته اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمضمونه، وعندما يصل القاضي الوطني إلى المرحلة الثانية في حل

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص188.

(2) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص201..

التنازع وهي إعمال القانون المسند إليه فإن القاضي يتبين المضمون الموضوعي للقانون المختص، وبالتالي لا يستطيع أن يهجره، إذا تبين عدم ملائمته لتنظيم العقد بالنظر إلى الصفة الملزمة لقاعدة الإسناد واحترام القانون الذي أراد المشرع اختصاصه ليحكم النزاع [1]، إضافة على أن القانون الذي سيحسم النزاع وضع أصلاً لحكم العلاقات الداخلية وبالتالي قد لا يتناسب مع معطيات التجارة الدولية، بينما وهذا محور البحث هنا أن القاعدة الموضوعية محل البحث ابتداءً تخول للإرادة حرية اختيار القاعدة الموضوعية المعدة سلفاً والمعلومة عند القاضي التي تنظم الرابطة العقدية، وهي قاعدة تندمج كما يذهب البعض في العقد وتصبح جزءاً من الشروط التعاقدية دون أن ترتفع إلى مصاف القواعد الآمرة في القانون الذي تخضع الرابطة العقدية لأحكامه، وبالمقابل هذا لا يعني أنه لا توجد قواعد موضوعية آمرة، بل على العكس هنالك مجموعة من القواعد الموضوعية الآمرة يطبقها القاضي إذا اصطدمت معها قواعد قانونية اختارها الأطراف[2] والتي سنتحدث فيها آتياً.

رابعاً: فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية التي تشكل جزءاً من النظام القانوني للقاضي:

مفاد هذه الفكرة انه لطالما قانون التجارة الدولية مجموعة قواعد موضوعية فيستمد تطبيقه المباشر من خلال فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية؛ حيث هذه الأخيرة تطبق دون حاجة لمنهاج التنازع بحكم أنها تندرج في نظام قانوني يشكل في عناصره الجوهرية قانوناً ذا تطبيق مباشر أو فوري، وأن هذه القواعد لا تحتاج إلى صفة أو سند يبرر هذا التطبيق، فمجرد وجودها ودخول المنازعة في سريانها سواء أمام القاضي الوطني أو المحكم الدولي تكون واجبة التطبيق مباشرةً، وأصالة القواعد الموضوعية على هذه النحو لا تقف عند الحلول التي تقدمها بل أيضاً في أسلوب ومنهج تطبيقها الذاتي، فإذا

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص191.

[2] صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص 133 وما بعدها.

كانت إرادة الأطراف غير قادرة على أن تفرض تطبيقها على العقد الدولي الخاضع للتحكيم الدولي، فهي لا تستطيع علاوة على ما سبق أن تكون الأساس الوحيد لتطبيقها[1].

إن الأصل في القواعد الموضوعية هو التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية إن تضمنت حكماً للمسألة محل النزاع، وأن آلية منهاج التنازع تبدو وكأنها مستبعدة بطريقة أوتوماتيكية؛ لأن هجر قواعد التنازع هذه لا يترجم إلا بالتطبيق المباشر أو الفوري لقواعد قانون التجارة الدولية[2].

وتطبيقاً لذلك فإن الأعراف والعادات التي أرستها غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن الاعتمادات المستندية وتحصيل الأوراق التجارية لا تحتاج لتطبيقها إلى النص عليها صراحة في الوثائق العقدية إلى قاعدة الاسناد المستمدة من الإرادة، لأن تلك القواعد تنبثق من مصدر أصلي للقانون[3].

وكان ما سبق فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، وأن هذه الأخيرة تجد لها سنداً في القوانين الوطنية وتطبيقات القضاء وكذلك المعاهدات الدولية، فقد أكدت هذه جميعها في أن يأخذ القاضي في الاعتبار نصوص العقد وعادات التجارة الدولية عند الفصل في النزاع، وذلك بصرف النظر عما إذا كان المتعاقدون قد اختاروا قانون دولة معينة لحكم الرابطة التعاقدية أو سكتوا عن هذا الاختبار، وهو ما يفيد إلى أن تطبيق هذه القواعد يكون مباشرةً ودون حاجة لمنهاج التنازع أو قاعدة إسناد – إرادة الأطراف – [4].

---

(1) عبد الله، سامي، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ص128.

(2) ثابت، عنايت عبد الحميد، أساليب فض تنازع القوانين، ذات الطابع الدولي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 65 لسنة 1995، ص158، مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص322.

(3) J.Stoufflet, (1982), L'oeuvre normative de la chamber de commerce international dans le domaine bancaire Melanges Goldman, P.361، مشار لدى المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص390.

(4) على سبيل المثال أنظر المادة (36) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001).

وهذه القواعد الموضوعية تطبق مباشرةً متى كانت جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للقاضي الوطني، وقواعد قانون التجارة الدولي تختلف باختلاف مصدرها فإذا كان مصدرها الاتفاقيات الدولية، فهذه الأخيرة في هذا المجال لا تخرج عن ثلاثة أشكال، إما اتفاقيات وضعت لتوحيد القوانين الداخلية أو وضعت لتوحيد قواعد الاسناد وأخيراً اتفاقيات تضمنت قواعد موضوعية، وهذا ما سنبحثه آتياً:

أ- الاتفاقيات التي تضمنت قواعد موضوعية:

هذا النوع من الاتفاقيات الدولية التي تضمنت قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع باعتبار أن تلك القواعد التي انتهى إليها الأطراف المتعاقدة من القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص، وهذه الاتفاقيات التي تضمنت قواعد موحدة بمقتضى الاتفاقيات هي قواعد دولية بطبيعتها تتجسد في نص موحد يطبق مباشرة في صدد المسائل التي كانت محلاً للتوحيد في الدول المتعاقدة، وذلك بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد[1]، وعليه فإن الاتفاقية التي تتضمن قواعد موضوعية بالنسبة للدول المتعاقدة تكون في مركز قانونها الوطني بل وتسمو عليه، وذلك استناداً لنص المادة (33) من الدستور الأردني وما استقر عليه القضاء الأردني حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1993/936) أن " الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة هي أعلى مرتبة من القوانين النافذة، وإنها واجبة التطبيق ولو تعارضت نصوصها مع أحكام هذه القوانين"[2].

وفي جلسة لجنة حقوق الإنسان في جنيف (11-29) / 2010/10 حول تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، جاء الرد الأردني " 1- إن دولة المملكة الأردنية الهاشمية ملتزمة بتطبيق العهدان الدوليان. 2- إن المعاهدات الدولية التي صادقت عليها حكومة المملكة الأردنية الهاشمية تعتبر جزءاً لا يتجزأ من التشريع الوطني

---

(1) المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص320.

(2) أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (1993/936) تاريخ 1993/11/13، منشورات موقع قسطاس الالكتروني.

وتسمو على القوانين المحلية النافذة، بدلالة نص المادة 24 من القانون المدني الأردني إذ نصت على أنه (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها)."[1]

والاتفاقيات من هذا النوع عديدة بشأن النقل الدولي بالسكك الحديدية وبالبحر والجو، ومن أشهرها اتفاقية بروكسل الموقعة في 25 أغسطس سنة 1924 الخاصة بالنقل البحري ، وبالرغم من أن النمط الأول من التوحيد يأخذ في حسابه الحل الأفضل لنوعية العلاقة الدولية ولا تنطبق أصلا إلا على العلاقات الدولية؛ ولكنه أحياناً قد لا يستبعد أن تمتد إلى الحالات الداخلية فتندمج في القانون الوطني وتصبح جزءاً منه كما هو شأن الاتفاقيات الخاصة بالملكية الصناعية وحقوق المؤلف والأوراق التجارية والنقل الجوي ، كما صنعت بلجيكا حينما أدخلت اتفاقية وارسو لسنة 1929 في تشريعها الداخلي بحيث ينطبق على النقل الجوي الداخلي والجوي منذ سنة 1936[2] ، وهذا سيأتي الحديث عنه لاحقاً.

لكن التساؤل الذي يثار في هذا الميدان ماذا لو كانت الدولة غير متعاقدة؟ أي يمكن للاتفاقيات التي تحمل قواعد موضوعية موحدة أن تمتد على دولة غير متعاقدة؟

فعلى سبيل المثال اتفاقية لاهاي سنة 1964 المتعلقة بالبيع الدولي حيث نجد خصوصية أحكامها لها طابع أصيل لا تصادفه في المألوف من المعاهدات، ففي كثير من المعاهدات تظهر صفة المعاملة بالمثل، أي أن أحكام الاتفاقية تكون منطبقة في نطاق الدول المتعاقدة دون غيرها؛ ولكنه بصدد الاتفاقية الحالية تصادف خصوصية معينة هي وجوب احترام أحكامها في الدول المتعاقدة ولو كان العنصر الأجنبي في عقد البيع لا يتعلق أو لا يقع بإقليم دولة من الدول المتعاقدة ، أي ولو كان متصلاً بدولة أخرى غير متعاقدة .

---

[1] مشار لدى العكور عمر صالح وآخرون، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، ص84.

[2] المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص127.

فالمواد الست الأولى من الاتفاقية وهي تشمل جوهر الاتفاقية لا تشير أبداً إلى صفة رعايا الدول المتعاقدة، حيث اختار واضعو هذه الاتفاقية الأخذ بالضابطين الشخصي والمادي ليضبط كل منهما الآخر، وتجيء الدولية تبعاً لذلك شاملة لكل بيع يهم التجارة الدولية دون تفريط أو إفراط والخطة التي اتبعوها لتحقيق هو اتخاذ أحد الضوابط الشخصية أساساً لتعيين الدولية مع إضافة ضابط مادي إليه يحد من إسرافه في إفساح نطاق تطبيق الاتفاقية[1].

وفي البحث عن الضابط الشخصي الذي يكون ضابط الأساس للدولية استبعد واضعو الاتفاقية اختلاف جنسية المتعاقدين، فلم يجعلوا للجنسية أي شأن في تعيين الدولية؛ وذلك لتباين التشريعات الوطنية بشأن أحكامها تبايناً يخشى معه اضطراب الحدود الفاصلة بين الاتفاقية والقوانين الوطنية[2].

وتقول في ذلك الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون الموحد المرفق باتفاقية البيع "لا يتوقف تطبيق هذا القانون على جنسية أطراف البيع " وينبني على ذلك أنه ليس هناك ما يحول دون اعتبار البيع الذي يقع بين شخصين من جنسية واحدة دولياً إذا توافرت العناصر اللازمة لقيام هذه الصفة، واستقر رأي واضعو الاتفاقية على أن اختلاف المكان الذي يوجد به منشآت أطراف البيع يكون ضابطا أصلح من اختلاف جنسياتهم ، فجعلوا منه ضابط الأساس لتعيين الدولية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى " ويسري هذا القانون على عقد بيع البضائع الذي يعقد بين أطراف توجد منشآتهم بين دول مختلفة " ثم يذكر النص في ثلاث فقرات مختلفة الضوابط المادية التي يجب أن يضاف احدها إلى الضابط الشخصي لتحقق الصفة الدولية وهذه الضوابط الدولية الثلاثة تجمعها فكرة مشتركة هي احتواء البيع على عنصر خارجي يقتضي حدوث أمر خارج حدود الدولة وهذه الضوابط هي[3]:

---

(1) حبيب، ثروت، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص213.

(2) شفيق، محسن، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي، ص63.

(3) شفيق، محسن، الموضع ذاته.

أولاً: وقوع البيع على سلع تكون وقت إبرام البيع محل نقل من دولة إلى أخرى أو بعد إلزام العقد محلاً لمثل هذا النقل(1).

ثانياً: صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين ولا يشترط أن تكونا الدولتين اللتين يقع فيهما منشأتا الطرفين، إذ العبرة هنا في اختلافهما فحسب(2).

ثالثاً: تسليم البيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول ويكون البيع في هذا الفرض دولياً ولو لم ينتقل البيع من دولة إلى أخرى(3).

أما اتفاقية فينا لسنة 1980 للبيع الدولي للبضائع فقد استبعدت -كما حدث في لاهاي- ضابط اختلاف جنسية أطراف البيع ووقع الاختيار على ضابط اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع ، وتقول في ذلك الفقرة الأولى من المادة الأولى :" تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة" (4).

وشعر واضعو النص -كما شعر أسلافهم في لاهاي- بما يترتب على هذا الضابط إن بقي وحده في اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية إلى أكثر مما ينبغي ، فقصروا نطاق

(1) مثال ذلك أن تبيع منشأة بفرنسا إلى منشأة بالأردن أرز مشحون إليها من الولايات المتحدة وتصدر الأمر إلى السفينة بتوجه الأرز إلى ميناء العقبة، أما النقل بعد إبرام عقد البيع فمثاله بيوع التصدير كشراء منشأة بالأردن سلعاً من منشأة بمصر لتصديرها للأردن.

(2)مثال ذلك مدير منشأة في الأردن يصدر إيجاباً أثناء وجوده بباريس إلى منشأة بالقاهرة ويتلقى القبول بالأردن بعد عودته إليها، وإذا تلقى مدير المنشأة بالقاهرة الإيجاب أثناء وجوده في ايطاليا فأجاب من هناك بالقبول، فإن الدولية تتحقق رغم أن كل من الإيجاب والقبول صدرا في غير الدولتين اللتين توجد بهما منشأتا الموجب والقابل.

(3) مثال ذلك أن يكون لمنشأة بالأردن بضاعة مخزونة في مصر وتجري بينها وبين منشأة في تركيا مفاوضات بشأن شرائها، وترسل المنشأة الأردنية وكيلاً عنها إلى تركيا، ثم يتم الإيجاب والقبول في اسطنبول ويبرم البيع والتسليم في مصر، فهذا البيع لا يتضمن نقله من دولة إلى أخرى ومع ذلك اعتبر دولياً ويظل كذلك ولو قررت المنشأة التركية ببيعه في مصر ذاتها.

(4) أنظر نصوص الاتفاقية لدى: خير، عادل محمد، عقود البيع الدولي، ص105.

تطبيق الاتفاقية على حالتين تجمعهما فكرة واحدة هي أن يكون لدولة متعاقدة شان في البيع وهاتين الحالتين هما[1]:

الحالة الأولى: عندما تكون الدولتان اللتان توجد فيهما منشأتا طرفي البيع من الدول المتعاقدة[2].

والحالة الثانية: عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، ومعنى هذه الحالة أن تكون أحكام هذه الاتفاقية دون أحكام القانون الوطني هي الواجبة التطبيق ، وتهدف في ذلك إلى توسيع نطاق تطبيق الأحكام الموضوعية للمعاهدة.

ولتوضيح هذه الحالة نسوق الفرض الآتي، فعلى سبيل المثال لو أبرم البيع في الأردن (على فرض أنها دولة متعاقدة) ومشتري توجد منشأته في فلسطين (دولة غير متعاقدة) ويثور النزاع حول أمر يتعلق بتنفيذ هذا العقد وتقام الدعوى أمام المحاكم الأردنية، فإن القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الأردني هو قانون الدولة التي تم فيها العقد أي القانون الأردني، لكن هل يطبق القاضي الأردني أحكام البيع في القانون المدني الأردني أم أحكام اتفاقية فينا؟

فدون أدنى شك يطبق القاضي أحكام اتفاقية فينا حتى ولو كلا الدولتين دولة البائع والمشتري غير متعاقدتين.

هذا كان بالنسبة للاتفاقيات التي تتضمن قواعد موضوعية، وآتياً الاتفاقيات التي تحمل قانون موحد.

---

(1) شفيق، محسن، اتفاقية الأمم المتحدة، ص66.

(2) مثال ذلك أن يقع البيع بين مشتري توجد منشأته بالأردن (دولة متعاقدة) وبائع توجد منشأته بتركيا (دولة متعاقدة) فتطبق الاتفاقية في هذا الفرض دون اعتبار لما تقضي به قاعدة التنازع في دولة القاضي حتى ولو قضت هذه القاعدة بتطبيق قانون دولة أخرى غير متعاقدة.

ب- الاتفاقيات التي تحمل قانون موحد (توحيد القوانين الداخلية)[1]

يطلق الفقه السائد على هذا النمط من التوحيد " اتفاقات حاملة قانون موحد" أي توحيد التشريعات الداخلية، لأن توحيد هذه القواعد يصبح جزء لا يتجزأ من التشريعات الوضعية للدول المتعاقدة ، ومن ثم تصبح واجبة التطبيق على الروابط الداخلية والدولية، فهي تحل محل القانون الوطني بحق والمثال البارز على هذه الاتفاقيات معاهدات جنيف التي وضعت قانوناً موحداً في شأن الشيكات في عام 1931 وكذلك في شأن الشيكات والسندات الأذنية في عام 1930 ، وقد استهدف هذا العمل تجنب تنازع القوانين بقدر الإمكان حتى يمكن إعطاء دفعة قوية لتنمو التجارة الدولية القائمة بدورها على عناصر الثقة والائتمان حيث اتبع طريقان يمكن بواسطتهما تحجيم تنازع القوانين بصفة عامة وكبح جماحه[2] وهما:

أولاً: طريق طموح يهاجم التنازع في مهده فيقتلعه من جذوره، وذلك عن طريق توحيد التشريعات الوطنية بين مختلف الدول في شأن الأوراق التجارية ومن ثم نكون بصدد تشريع خاص بالأوراق التجارية يسري على العلاقات القانونية سواء ما تعلق منها بالقانون الداخلي أو بالعلاقات الخاصة الدولية.

والواقع أن هذه التوحيد لا يؤتى ثماره كاملة إلا إذا وقع تآخ بين وحدة التطبيق ووحدة التفسير، بمعنى أن يجري العمل لدى قضاء الدول المختلفة، وفقاً لمفهوم واحد يستوحى من الروح العامة التي يقوم عليها التوحيد دون الركون إلى المفاهيم السائدة في القوانين الوطنية، بحيث يجد المتقاضين نفس الحل أياً كانت المحكمة التي تنظر النزاع، وهذه قيمة وهدف التوحيد.

---

(1) أمثلتها جنيف 1930، 1931 .

(2) عكاشة، عبد العال محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية، ص13.

وقد أدرك واضعو القانون الموحد منذ البداية أن توحيد قانون الصرف سوف لا يكون توحيداً تاماً حيث أن هنالك مسائل تترك لكل دولة بناء على ما ينسجم مع تقاليدها القانونية.[1]

أما الطريق الثاني فهو يتمثل بتوحيد قواعد الإسناد وهذا الشكل الثالث من أشكال الاتفاقيات.

ج- الاتفاقيات التي تهدف إلى توحيد قواعد الإسناد:

فهذا النوع من الاتفاقيات يهدف إلى توحيد قواعد الإسناد ذاتها بحيث توجد قواعد إسناد واحدة تنطبق في كل دولة من الدول المتعاقدة، ويتمثل ذلك بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في العديد من الدول الأوروبية كإيطاليا وألمانيا وفرنسا حيث أن مصدرها اتفاقية روما الموقعة بين الدول الأوروبية في 19/أيلول/1980 والتي دخلت حيز النفاذ مطلع العام 1991[2].

أما بالنسبة للعقود النموذجية ولكونها ليست إلا شروطاً تعاقدية يكتنفها القصور رغم أنها تصير مع التكرار عادات اتفاقية دون أن ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية، فهي قواعد مقترحة وليست مفروضة، والسند في ذلك:

أولاً: إن هذه العقود لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف عليها صراحةً ولا تكفي الإحالة الضمنية إليها، بل يجب أن تكون الإحالة مكتوبة لا لبس فيها ولا غموض.

ثانياً: إن تلك العقود النموذجية وما يكتنفها من قصور وثغرات تبدو أحياناً لا تتمتع بقدسية القواعد القانونية التي تطبق مباشرةً، بل أكثر من ذلك فيستطيع الأفراد استبدالها بغيرها ما دام أن الإرادة هي المصدر الإلزامي لسريان هذه العقود.

ثالثاً: إن السلطة المخولة للحاكم برفض تطبيق الشرط التعاقدي سواء باسم العدالة أو المساواة يتعارض مع فكرة اعتبار هذه العقود قواعد قانونية.

---

[1] حبيب، ثروت، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص215.

[2] فرج، طرح البحور،(2000)، تدويل العقد ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص60.

رابعاً: إن قصور هذه القواعد لا يجعلها في غنى عن القانون بل إنه يفرض عليها في مجالات أخرى مما لا يسمح الادعاء فيها بالكفاية الذاتية، من ذلك ما يتعلق بالتشريعات الخاصة بالمنافسة وأذونات التصدير وغيرها[1].

أما عن مدى إلزامية الشروط العامة، فإن مقدمة الشروط العامة ذاتها والغالبية العظمى من الآراء ولجنة تحكيم التجارة الخارجية وما تؤكده أحكام التحكيم تؤكد صفتها الملزمة، ولكن في حال تم الاتفاق عليها وبالتالي فإن مصدر الإلزام جاء من إرادة الأطراف بدليل أنها ليست أحكام آمرة بل يستطيع الأفراد استبعادها وبشكل كلي، ففي حالة إبرام الأطراف عقدهم دون الإشارة إلى تطبيق أحكام الشروط العامة مع استبعاد تطبيقها فإن مثل هذا الاتفاق في نظر البعض باطل، فالمبدأ العام الصفة الملزمة والاستثناء هو جواز الخروج عليها[2].

لكن برأينا أن الشروط العامة والعقود النموذجية ليست إلا شروطاً تعاقدية واختيار الأطراف لها اختيار مادي وليس تنازعي وعليه لا يقوم القاضي الوطني ولا يلزم بتطبيقها في حال استبعدها الأطراف؛ وبالنتيجة يمكن تطبيقها من خلال منهاج التنازع (إرادة الأطراف) كقاعدة تنازع والتي سيتم تناول هذه الأخيرة في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وبخصوص مركز العادات والأعراف الدولية أمام القضاء الوطني يختلف ما إذا كان أمام التحكيم؛ فإن المحكم يطبق العادة والأعراف مباشرة وذلك بوصفها جزء من النظام القانوني الذي ينتمي إليه المحكم حيث أن هذه الأعراف والعادات استقر عليها العمل الدولي وأصبحت جزء من نظامه القضائي.[3]

أما بالنسبة للقضاء الوطني فإن العادات والأعراف الدولية تتمتع بصفة ملزمة وكما أشرنا في الفصل الأول من هذه الرسالة[4]فيطبقها القاضي مباشرةً فهي تعتبر جزء لا

---

[1] أنظر في ذلك سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص73.

[2] للمزيد أنظر حداد، حمزة أحمد، قانون التجارة الدولي، ص77 وما بعدها.

[3] صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص753

[4] أنظر ص (27) من هذه الرسالة.

يتجزأ من النظام القانوني الأردني وذلك وفقاً لأحكام المادة (1/103) من الدستور الأردني والتي أشرنا إليها سابقاً وفي فرنسا يطبق القاضي العادات والأعراف الدولية مباشرةً متى ما أحالت إليها نصوص القوانين المحلية حيث تنص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي على " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للعدالة والعرف والقانون، بحسب طبيعة الالتزام"[1].

أما وعن المبادئ القانونية المشتركة فلو فرضنا وجود منازعة أمام القاضي الوطني على عقد بيع دولي فهل يلزم القاضي الوطني بتطبيق المبادئ القانونية المشتركة تطبيقاً مباشراً بصفتها قاعدة موضوعية؟ كونها مصدر من مصادر قانون التجارة الدولي؟

إن الأمر يختلف أمام قضاء التحكيم حيث يعمل المحكم في المنازعة العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة رغم سكوت المتعاقدين أنفسهم عن القانون الواجب التطبيق وحالة ما إن عجزت الأعراف والعادات الدولية عن تقديم حل للنزاع المطروح على قضاء التحكيم[2].

أما بالنسبة للقضاء الوطني وبرأينا فتتمتع المبادئ القانونية المشتركة بالقوة الملزمة وتعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للقاضي الوطني وذلك قياساً على أحكام المادة (25) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين"، فيمكن لنا اعتبار مبادئ القانون الدولي الخاص من المبادئ القانونية المشتركة.

وأخيراً وبخصوص قواعد العدالة فإن أساس الالتجاء لقواعد العدالة هو استكمال النقص في نظام قانوني ما، فلا يستطيع القاضي أن يحكم دائماً باسم العدالة؛ ولكن مهما

---

[1] النص الأصلي كما جاء في القانون المدني الفرنسي: "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature"

[2] صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص218.

قيل أن قواعد العدالة قد تحرم المتخاصمين من الأمان القانوني لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه القاضي أو المحكم في النزاع باسم العدالة، إلا أنه مما يقلل من خطورة هذا الأمر هو أن القاضي لا يلجأ إلى خلق الحل الواجب الإتباع إلا عند عدم وجود قاعدة موضوعية في نظامه القانوني، ولا يختلف الأمر كثيراً أمام قضاء التحكيم اللهم أن حالات اضطرار المحكمين لمثل هذا المسلك تزيد عن ما إذا كان الأمر معروضاً على القاضي الوطني؛ وذلك لأن القضاء الوطني يرفض غالباً العقد المتحرر من سلطان القوانين الداخلية والتي يكون فيها القواعد الموضوعية للعقد واجبة التطبيق.[1]

أما بالنسبة لقضاء التحكيم فإنها تجد مجالاً لتطبيقها عندما يتفق الأطراف على تفويض الهيئة بالصلح، وذلك استناداً للمادة (36/د) من قانون التحكيم الأردني والتي تنص على " **يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون**"[2].

تطبيقات القضاء الوطني وهيئات التحكيم:

باستقراء قضاء التحكيم كونه البيئة الخصبة لإعمال قواعد قانون التجارة الدولية نجده يؤكد ضرورة التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية على المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي خصوصاً عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد أو طلبهم تطبيق الأعراف والمبادئ العامة صراحةً .

كذلك القاضي الوطني فقد يلجأ لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وكما تبين معنا سابقاً تطبيقاً مباشراً طالما كانت القاعدة موضوعية[3].

---

[1] صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص218 وما بعدها.

[2] للمزيد أنظر: الحجايا، نور حمد، (2011)، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (3)، العدد (3)، رجب، 1432، تموز 2011، جامعة مؤتة، الكرك، المملكة الأردنية الهاشمية، ص78 وما بعدها.

[3] عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ص56.

ففي فرنسا قررت محكمة النقض الفرنسية استقلال شرط التحكيم كون ذلك منصوص عليه كقاعدة موضوعية في قانون التجارة الدولية، دون قيد أو شرط ودون إحالة إلى القانون الذي يحكم العقد، ثم توالت أحكام النقض في ترسيخ هذه القاعدة في كثير من المنازعات ونذكر أشهرها في هذا الصدد قضية السيد (Hecht)، حيث تتلخص وقائع هذه القضية أنه أبرم في هولندا عقداً بين السيد المذكور وشركة هولندية باسم (BUISMAN) وبمقتضى ذلك العقد منحت الشركة السيد (H) توكيلاً بالشروط المنصوص عليها في المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 1958/12/23 لبيع منتجاتها في فرنسا باعتباره وكيلاً عنها ونشأ النزاع بين المتعاقدين.

وقد كلف السيد (H) الشركة الهولندية بالحضور أمام محكمة السين التجارية مطالباً بفسخ العقد ودفع التعويضات، فدفعت الشركة الهولندية بعدم اختصاص المحكمة على أساس أن شرط التحكيم المدرج في العقد يمنح الاختصاص لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس وقبلت المحكمة هذا الدفع في 1969/10/26 وأيدته محكمة الاستئناف في 1970/6/19، ثم أيدت محكمة النقض قرار الاستئناف في 1972/7/4، وكانت حجة السيد (H) في بطلان شرط التحكيم على أساس أن العقد يخضع للقانون الفرنسي، وهذا الشرط قد ورد في عقد مختلط، وشرطالتحكيم الوارد في عقد مختلط يعتبر شرطاً باطلاً في القانون الفرنسي. ثم أيدت محكمة باريس هذه الحجة وقررت أن شرط التحكيم سواء أبرم منفصلاً أو أدرج في تصرف قانوني يتمتع باستقلال قانوني تام عن العقد الأصلي، وقد طعن السيد (H) بالنقض ضد حكم محكمة باريس مطالباً من ناحية تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون العقد ومدعياً من ناحية ثانية أن الطبيعة الدولية للعقد لا تستبعد رغبة القانون الفرنسي أن يحكم العقد طالما قرره الأطراف، ثم إن القانون الفرنسي كان

كذلك واجب التطبيق على شرط التحكيم وقد رفضت محكمة النقض الطعن مؤكدة أن في مسألة التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال قانوني تام عن العقد الأصلي[1].

وعليه نرى أن محكمة النقض قد استنبطت مبدأ استقلال وصحة شرط التحكيم دون قيد ودون إحالة إلى القانون الذي يحكم العقد، أي بمعنى آخر طبقت قاعدة موضوعية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

ومن جانب آخر أقر القضاء الفرنسي ضرورة التطبيق المباشر لقانون التجارة الدولية خصوصاً عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد، وقد يلجأ القاضي أو المحكم الدولي إلى تطبيقها متى تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع المنازعة سواء بسبب نقص في العقد، أو بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف المنازعة وعدم إمكان ربط النزاع بقانون معين، كأن يتشبث كل طرف بتطبيق قانونه الوطني، الأمر الذي يستحيل على القاضي أو المحكم ترجيح أي من هذه القوانين الأخرى[2].

ولا يختلف الوضع في مصر، فيلاحظ من خلال أحكام القضاء المصري أنها أخذت بالتطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولية بصفتها قواعد موضوعية ولعلّ من أبرز الأحكام في هذا الشأن حكم لمحكمة استئناف الإسكندرية الذي أكد سلامة التطبيق المباشر لاتفاقية نيويورك عام 1958 فقررت بصحة الاتفاق على التحكيم رغم خلوه من تعيين أسماء المحكمين والتطبيق المباشر لقاعدة موضوعية تقرر صراحة صحة اتفاق التحكيم رغم خلوه من أسماء المحكمين[3]، وفي حيثيات القضية أنه صدر حكم من محكمة النقض المصرية بتاريخ 1982/4/26 في النزاع حول الاتفاقية المبرمة في عام 1973 بين شركة

---

[1] أنظر ملخص وقائع القضية Kalensky, (1988), le droit international prive compare d'etats socialstes dansleur, P218, أشار إليه المؤيد، محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية، ص234.

[2] أبو زيد، رضوان، (1998)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، ص179.

[3] صادق، هشام علي، (1987)، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين، دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري الحديث، المؤسسة الفنية للنشر، ص61.

الخليج العربي للمقاولات والشركة العربية كونتال للملاحة، التزمت فيه الشركة العربية كونتال للملاحة في مواجهة الشركة الأولى بأن تقوم بنقل كمية من الإسمنت من ميناء الإسكندرية إلى ميناء طرابلس، على أحد السفن التابعة لها، وتنفيذاً للعقد المبرم بين الطرفين أخطرت شركة الملاحة الشركة الشاحنة لوصول السفينة المخصصة لنقل البضاعة واستعدادها لشحن الرسالة إلا أن الشركة الأخيرة رفضت إتمام الشحن مما دفع شركة الملاحة إلى أن تقيم دعواها للمطالبة بأجرة النقل المتفق عليها بالكامل بالإضافة إلى غرامة التأخير ومقابل ما أصابها من أضرار مادية وأدبية، ومن هذه القضية توصلت المحكمة لتطبيق قاعدة موضوعية من قواعد قانون التجارة الدولية تقرر سلامة شرط التحكيم رغم خلوه من تعيين أسماء المحكمين[1].

وفي لبنان صدر حكم لمحكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 2001/4/4 في منازعة متعلقة بالاعتمادات المستندية إذ تقول إن العقد الناشئ عن فسخ اعتماد مصرفي (مستندي) هو عقد مبني على أعراف التجارة الدولية التي ترعى كيفية إنشائه وآثاره، وهذه الأعراف تقرها جميع المحاكم عبر العالم دون حاجة إلى أن تردها إلى تشريعاتها الداخلية أو أن تستنبط بالضرورة من هذه التشريعات ما يبررها، إذ أنه يتكون من الأعراف بحد ذاتها قانون غير مكتوب يفترض بالقاضي أن يعلم به العلم الذي له بسائر القوانين[2].

فنرى من خلال الحكم السابق أنه يقر صراحة بالتطبيق المباشر لقاعدة من قواعد قانون التجارة الدولية باعتبارها قاعدة موضوعية من أصل عرفي.

وبالأردن ومن خلال استعراض أحكام حديثة نسبياً وجدنا أن القاضي يطبق قواعد قانون التجارة الدولية مباشرةً متى ما كانت القاعدة موضوعية كأن تكون في اتفاقية دولية

[1] حكم محكمة استئناف الإسكندرية الصادر بتاريخ 1985/11/18، طعن رقم 453، لسنة 40ق، منشورات مجلة خريجي حقوق جامعة الإسكندرية، ابريل، 1986، ص131، أشار إليه صادق، هشام علي، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعين أسماء المحكمين، ص66.

[2] حكم محكمة التمييز اللبنانية، رقم 2001/4/4/39 مجلة العدل، 2002، ص482، أشار إليه عكاشة، عبد العال محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، بيروت،ط1،ص401.

الأردن طرفاً فيها فإنه يطبقها مباشرةً وتسمو على القوانين الداخلية، فجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " استقر اجتهاد محكمة التمييز، على أن نصوص الاتفاقية تعد قاعدة من قواعد القانون الدولي حيث هي الأسمى مرتبة والأولى في التطبيق من قواعد القانون الداخلي وعليه فإنه يجوز الاتفاق على إحالة النزاع المتعلق بالبضائع إلى أي مكان يعين لهذا الغرض وفقاً لنص المادة (22) من اتفاقية هامبورغ"[1].

أما بخصوص قضاء التحكيم التجاري الدولي ففي حكم لقرار محكمة التحكيم الصادر تحت رعاية غرفة التجارة الدولية أراد المحكم أن يطبق قاعدة التزام المتعاقد بتقليل الخسائر التي سيطالب بالتعويض عنها بحيث لا تتفاقم، وهو واجب متفرع عن مبدأ حسن النية ويجد أصله في قانون الشريعة العامة في صورة واجب التلطيف، وهو ما تبنته اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في نص المادة 77 والتي قررت أن المدين عليه أن يتخذ الإجراءات المعقولة لتوقي الخسائر بالنظر إلى الظروف، وبذلك فإن قيمة هذا المبدأ مستمد من اتفاقية دولية لا في كونه واحداً من ضمن المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي[2].

وبجميع الأحوال ورغم اعتناقنا وتأييدنا لفكرة التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولي والتي تشكل قواعد موضوعية وتعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني لدولة القاضي، لكن يبقى التساؤل حول ما هو الحل بالنسبة للمشاكل التي تثيرها التجارة الدولية والتي لم تتوافر بشأنها قواعد موضوعية؟ نظراً لقصور قانون التجارة الدولي ، فهنا لا بد لنا من اللجوء لمنهاج التنازع لتلمس الحل في قواعده وهذا محور حديثنا آتياً.

---

[1] أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2011/2478) تاريخ 2012/1/11، منشورات موقع قسطاس الالكتروني.

[2] قرار محكمة التحكيم الصادر تحت رعاية غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 5514، لعام 1990، منشور في clunet، ص1025، أشار إليه أبو زيد، رضوان، الأسس العامة للتحكيم، ص185.

2.2 التطبيق عن طريق منهاج التنازع

بدا لنا في المبحث السابق أنه ليس في جميع الأحوال يمكن للقاضي الوطني تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي على أساس التطبيق المباشر؛ لكونها لا تشكل جزءاً من نظامه القانوني هذا من جانب، ومن جانب آخر يفتقر القاضي الوطني للسند الذي يسعفه في التطبيق المباشر، وعلى ذلك لا بد لنا من أن نلتمس الحلول وإكمال ذلك النقص وذلك من خلال رجوعنا لمنهاج التنازع (قواعد الإسناد)، فما المقصود بمنهاج التنازع، وكيفية إعماله كأساس لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولي، هذا ما سنبينه في هذا المبحث.

1.2.2 ماهية منهاج التنازع

يعتبر تنازع القوانين الموضوع الرئيسي في القانون الدولي الخاص لتعلقه بإنشاء الحقوق وحمايتها في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي فلا بد لنا من بيان ماهيته وتحديد نطاقه في المنازعات التجارية الدولية –عقد بيع دولي مثلاً –.

يعتبر منهاج التنازع الآلية التي يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي[1].

ويتضح لنا من خلال هذا التعريف أن آلية هذا المنهاج تقوم على (تحديد) القانون الواجب التطبيق (إسناد العلاقة لقانون) وثانيها تطبيق هذا القانون على العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

ويكون حل هذا التنازع بترجيح أحد القوانين المتزاحمة على الآخر سواء كان وطنياً أم أجنبياً وذلك بالرجوع لما يعرف بقواعد الإسناد التي يضعها المشرع الوطني، فما المقصود بقواعد الإسناد وما هي خصائصها وطبيعتها القانونية، وما هي شروط قيام حالة التنازع هذا ما سنناقشه في هذا المطلب.

---

[1] الهداوي، حسن، (1993)، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص، دار مجدلاوي للنشر، عمان، ط1، ص10.

أولاً: ماهية قواعد الإسناد وطبيعتها القانونية:

بما أن قاعد الإسناد تضطلع بالدور الأساسي العام لحل مشكلة تنازع القوانين فهي تقوم بتحديد القانون الأنسب والأجدر لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي والتي تزاحم على حكمها أكثر من قانون؛ ولهذا فإن فقه القانون الدولي الخاص يعرف قاعدة الإسناد بتعريفات عديدة.

فنجد من عرفها بالقاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، إي أنها قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيها[1].

وهنالك من عرفها بأنها قاعدة قانونية ترشد القاضي بشأن علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي أو بأنها قواعد قانونية تم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة[2].

وعليه فإننا حاولنا أن نضع تعريفاً جامعاً مانعاً ويتضمن جميع عناصر هذه القواعد فيمكن لنا أن نعرفها بأنها تلك القواعد القانونية الوطنية المصدر التي بوساطتها وعن طريقها يسترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة ويختار أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية المشوبة بعنصر أجنبي.

أما عن الطبيعة القانونية لقواعد الإسناد فإنه اختلف الفقه حول ما إذا كانت تنتمي لقواعد القانون الخاص أم قواعد القانون العام[3]، وعليه فإننا نرجح الرأي الذي ذهب إليه معظم الفقهاء بأن قواعد الإسناد تصنف ضمن أدراج القانون الدولي الخاص؛ لأنها تنظم

---

(1) إبراهيم، إبراهيم أحمد، (2002)، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ص153.

(2) الحمد، عوض الله، (1997)، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ط2، ص333.

(3) صادق، هشام علي، تنازع القوانين، (1972)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط2، ص5.

علاقات خاصة مشوبة بعنصر أجنبي، ولا تدخل الدولة بوصفها صاحبة سيادة وبالتالي فهي تعتبر جزءاً مكملاً لما يعرف بقواعد القانون الدولي الخاص الموضوعية[1].

ثانياً: خصائص قواعد الإسناد:

تتميز قواعد الإسناد بمجموعة من الخصائص الجوهرية باعتبارها أبرز الوسائل الفنية التي يعتمد عليها ويستخدمها أغلب مشرعي الدول لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة ومن حيث التطبيق والمضمون، وعليه نحاول في هذا الفرع تبيان أبرز خصائص قواعد الإسناد.

أولاً: قواعد الإسناد قواعد وطنية المصدر:

قاعدة الإسناد هي الوسيلة التقليدية والأساسية التي يستخدمها القانون الدولي الخاص للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، وأن القانون الدولي هو كقاعدة عامة من صنع المشرع الوطني، ولكل دولة قواعد إسناد يتضمنها قانونها سواء كان قانون دولي خاص أم قوانين مدنية أو تجارية أو غيرها، وتختلف من دولة لأخرى تبعاً لاختلاف المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تحاول الدولة أن تأخذها بعين الاعتبار عند وضع تلك القواعد، وقد تكون تلك القواعد مكتوبة أو تكون ذات أصل عرفي، ويترتب على الطابع الوطني التي تتصف به قاعدة الإسناد نتيجة هامة جداً وهي ضرورة أن تكون قاعدة الإسناد متفقة والقواعد والمبادئ الدستورية داخل الدولة[2].

ثانياً: قواعد الإسناد قواعد مزدوجة الجانب:

المقصود بذلك أن قاعدة الإسناد تبين حالات تطبيق قواعد القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي، فتتميز من حيث آثارها بأنها مزدوجة الجانب أي أنها تشير إلى تطبيق القانون الوطني المعروض أمام النزاع، أو تشير إلى تطبيق قانون آخر عائد لدولة أخرى.

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي، ص35.

[2] حداد، حفيظة السيد، (2007)، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص23.

فالقاعدة المنصوص عليها في المادة (1/12) من القانون المدني الأردني والخاصة بالأهلية ممكن أن تشير إلى تطبيق القانون الأردني إذا كان الشخص المطلوب إثبات أهليته أردنياً، وكذلك قد تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي إذا كان الشخص المطلوب إثبات أهليته فرنسياً.

ونستنتج من ذلك إلى أن السمة المزدوجة لقاعدة الإسناد تحمل القاضي عبء البحث في تعيين القانون الأجنبي وتطبيقه على النزاع المعروض وذلك إعمالاً لقاعدة الإسناد والتي أشارت إلى ذلك، فكان من السهل على القاضي أن يقتصر الأمر بالنسبة له لتطبيق قوانينه الوطنية.

ومن الممكن أن تكون قواعد الإسناد مزدوجة الجانب ومنفردة في ذات الوقت وخير مثال على ذلك نص المادة (13) من القانون المدني الأردني التي تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين على أن يكون القانون الأردني هو الواجب التطبيق إذا كان أحد الزوجين أردنياً وذلك وفقاً لأحكام المادة (15) من ذات القانون.

ثالثاً: قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة:

تتصف قواعد الإسناد ومن حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة إذ أنها لا تطبق مباشرة على موضوع النزاع، إنما يقتصر دورها فقط على تحديد القانون الواجب التطبيق ، بمعنى آخر لا تتكفل هذه القواعد بإعطاء الحل النهائي للنزاع إنما هي قواعد تتكفل فقط بالإشارة إلى القانون الذي تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائي للنزاع[1].

وعليه فإن قواعد الإسناد لا تحل مباشرةً إنما هي تحل النزاع بطريق غير مباشر عن طريق الإشارة للقانون المختص، وهذه الميزة دفعت الفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد تشبيه طريف حيث شبهها بمكتب الاستعلامات في محطة سكة الحديد فيقتصر مهمة هذا المكتب إلى الإشارة إلى رصيف القطار تماماً حال قواعد الإسناد[2].

---

[1] الحمد، عوض الله، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ص335.

[2] حداد، حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، ص33.

رابعاً: قواعد الإسناد قواعد محايدة:

إن قواعد الإسناد قواعد حيادية، فباعتبارها غير مباشرة تتسم بطابع شكلي حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني من وجهة نظر المشرع الوطني بغض النظر عن مضمون هذا القانون أو الآثار المترتبة على تطبيقه.

وبهذه الصفة تتميز قواعد الإسناد بمثابة قواعد آلية تكتفي بتحقيق عدالة شكلية وهي إسناد العلاقة محل المنازعة بطريقة تلقائية إلى أكثر القوانين ارتباطاً بهذه العلاقة وفقاً لخطة المشرع الوطني في دولة القاضي، وذلك بغض النظر عن النتائج المادية التي يمكن أن يترتب عليها هذا التطبيق، فهذه قواعد تهدف إلى ما يعرف بعدالة القانون الدولي الخاص وليس العدالة المادية(1).

ثالثاً: شروط قيام حالة التنازع:

لقيام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لا بد من توافر الشروط التالية:

أولاً: أن تكون العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي:

ولقيام حالة تنازع القوانين لا بد أن يكون هنالك امتداد في العلاقات والتبادل الدوليين، أي أن تكون مشوبة بعنصر أجنبي، وهنا يثار التساؤل حول متى نكون أمام علاقة مشوبة بعنصر أجنبي، وللإجابة عن هذا التساؤل ظهر أكثر من معيار كما يظهر آتياً.

المعيار الأول: المعيار القانوني:

مؤدى هذا المعيار أن العلاقة تكون مشوبة بعنصر أجنبي إذا ما اتصلت أحد عناصرها بأكثر من نظام قانوني واحد(2).

وعلى هذا النحو فمن اللازم علينا تحليل تلك العلاقة والوقوف على عناصرها ومعرفة ما إذا كانت وطنية خالصة أم دخل إليها عنصر أجنبي، فإذا ما اتصلت عناصر

---

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي، ص278.

(2) خالد، هشام، (2007)، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانوني والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص66.

هذه العلاقة بدولة أو أكثر غير دولة القاضي الوطني فإنها تكتسب الطابع الدولي لتعلقها في هذه الحالة بأكثر من نظام قانوني واحد وتصبح بذلك مشوبة بعنصر أجنبي.

لكن ثمة هنالك تساؤل حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منهما على اتسام هذه العلاقة بالعنصر الأجنبي، أي بمعنى آخر هل كل عنصر من عناصر العقد المعني قادر على إسباغ الصفة الدولية على هذا العقد إذا ما كان هذا العنصر أجنبياً؟

للإجابة على هذا التساؤل ظهر في ميدان القانون الدولي الخاص اتجاهان وهما:

الاتجاه الأول:

ذهب إلى المساواة التامة بين كل عناصر العقد وعليه فإن كل عنصر من عناصر هذا الأخير قادر على إسباغ الصفة الدولية على العقد المعني، ولا مجال هنا للتفرقة بين عنصر وآخر، وبالتالي إذا ما اتسمت الرابطة العقدية بأي عنصر أجنبي فهنا تصبح العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي.

لكن لم يسلم هذا الاتجاه من النقد حيث أنه يتسم بالجمود، حيث يتعين إعمال منهج القانون الدولي الخاص كلما توفر عنصر أجنبي في أحد عناصر العقد المعني، بغض النظر عن أهمية هذا العنصر[1]، وهذا ما أدى لظهور الاتجاه الثاني.

الاتجاه الثاني:

ذهب إلى وجوب النظر إلى جميع العناصر المختلفة للعقد المعني لمعرفة العناصر الخاملة فيه والعناصر الفاعلة ويتم الاعتماد على هذه الأخيرة لتحديد ما إذا كانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي أم لا، وعليه فإذا كان العنصر الأجنبي من العناصر الفاعلة تعتبر الرابطة مشوبة بعنصر أجنبي أما إذا كان من العناصر الخاملة فيعتبر العقد وطنياً، ولا مجال للقول بأن العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، فعلى سبيل المثال لو أن مصرياً أبرم عقد عمل مع أردني داخل الأردن فجنسية أحد المتعاقدين ليست كافية لإسباغ صفة الدولية للعقد لأن جنسية المتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية.

---

[1] صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص74.

ونخلص مما سبق أن إعمال قاعدة التنازع يقتضي أن نكون أمام رابطة مشوبة بعنصر أجنبي، أي عقد يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، ويشترط الفقه الحديث لاتصال الرابطة العقدية بأي نظام قانوني أجنبي أن يتم هذا الاتصال من خلال عنصر مؤثر وليس من خلال عنصر محايد غير مؤثر[1].

المعيار الثاني: المعيار الاقتصادي:

مؤدى هذا المعيار أن العلاقة تكون مشوبة بعنصر أجنبي متى تعلقت بمصالح التجارة الدولية، وأن هذا المعيار لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد بمقتضاه دولياً فيما لو اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية على هذا النحو وهو ما يحقق معه المعيار الاقتصادي لدوليتها؛ فهي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني في ذات الوقت، ومثال ذلك عقد البيع الذي يكون فيه البائع مقيماً في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم بها المشتري وتسليم الشيء المبيع ودفع الثمن يكون في دولة مختلفة وهذا ما يؤدي بالنتيجة إلى انتقال الأموال والبضائع عبر الحدود، وعليه يتوفر المعيار الاقتصادي وتكون إذن العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي[2].

ونشير هنا إلى أن القضاء الفرنسي تبنى المعيارين معاً، فتبنت محكمة استئناف باريس في قرار لها " أن العقد الذي أبرم في السويد وفي فرنسا بين شركتين تجاريتين سويدية وفرنسية هو عقد دولي، حيث أنه يتصل بأنظمة قانونية لدول مختلفة (وهذا هو المعيار القانوني) فله الصفة الدولية بسبب مكان الإبرام والاختلاف في جنسية الأطراف المتعاقدة، وبسبب موضوعه الأساسي والذي نجد من خلاله (المعيار الاقتصادي) بإعطاء صلاحيات لوكيل في فرنسا للقيام بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج، فيعد التحكيم الوارد في عقد كهذا مهما تكن

---

[1] صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق، ص77.

[2] صادق، هشام علي، ص107.

طبيعة الالتزام مدنية أم تجارية أم مختلطة هو مشروع بسبب استقلاليته بالنسبة للعقد الأساسي[1].

ونخلص مما تقدم إلى أننا نرى أنه لا بد من تضافر المعيارين القانوني والاقتصادي لإسباغ الصفة الدولية للعقد وجعل العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، فيكون العقد دولياً مثلاً إذا تم في الأردن إبرام عقد بين شركة أردنية وتاجر سويسري تفوض فيه الشركة المتعاقدة الآخر ببيع بضائع منتجة في الأردن في كل من فرنسا وسويسرا[2]، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر الأمر في كل قضية تعرض عليه بالاستناد إلى موضوع العقد وإلى عناصره الشخصية[3].

ثانياً: أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة:

يجب أن يكون هذا التنازع بين دول تتمتع بالسيادة الكاملة كالتنازع بين القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري دون اشتراط أن تكون هذه الدولة مستقلة ومعترف بها[4]، وكذلك لا يعترف بالتنازع الداخلي والذي ينشأ بين ولايات متحدة اتحاد فيدرالي، وكذلك أيضاً لا يعد تنازعاً دولياً التنازع الذي يحصل بين نظم قانونية داخل

---

(1) استئناف باريس 1999/11/9، منشور في المجلة الاقتصادية للقانون الدولي الخاص، 2000، ص842، أشار إليه المصري، محمد وليد، (2002)، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار مكتبة إلحاق للنشر والتوزيع، عمان، ط1،ص190.

(2) المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ص193.

(3) عيد، ادوارد، (1989)، موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ، بيروت، لبنان، ج12، ص37.

(4) لا بد لنا من الإشارة هنا إلى أن فرنسا وانجلترا ودول أخرى أصرت في الثلاثينات من القرن التاسع عشر على التمسك بشرط الاعتراف؛ لإمكانية حصول التنازع بين قوانينها وقوانين الإتحاد السوفيتي آنذاك، أما في الوقت الحاضر فمسألة الاعتراف سياسية ولا يشترط وجود الاعتراف بالدولة لقيام= =التنازع بين قوانينها وقوانين غيرها من الدول، للمزيد أنظر ممدوح حافظ، (1972)، القانون الدولي الخاص وفقاً للقانون العراقي والقوانين المقارنة، مطبعة الحكومة، بغداد.

الدولة الواحدة بسبب تعدد الطوائف فيها، وأخيراً لا يعتبر تنازعاً دولياً إذا حصل بين قانون دولة وقانون إحدى المستعمرات التابعة لها[1].

ثالثاً: أن يكون التنازع بين قوانين خاصة:

يجب حتى تقوم حالة التنازع أن يكون بين قوانين خاصة مثل القانون المدني والتجاري وما إلى ذلك؛ لأن القانون الدولي الخاص لا يهتم إلا بالحياة القانونية الخاصة الدولية للأفراد، وعليه لا يقبل التنازع بين القوانين العامة ؛ لأنها مرتبطة أصلاً بالمصلحة العامة مثل القانون الجنائي والإداري حيث أن تلك القوانين مرتبطة بمبدأ السيادة وذلك كأصل عام لكن من الممكن أن تطبق قواعد القانون العام الأجنبية متى ما كان واجب التطبيق في دولة القاضي على أساس فكرة الإسناد الإجمالي أو قواعد البوليس الأجنبية[2]، فعلى فرض كان قانون دولة (س) واجب التطبيق، فيطبقه القاضي سواء كان عاماً أو خاصاً.

وهنالك أيضاً من الشروط أيضاً أن يقبل المشرع الوطني تطبيق قانون دولة أخرى في إقليمه على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي؛ لأنه لا يتصور التنازع إذا تمسك المشرع الوطني بتطبيق قانونه فقط دون مزاحمة من أي قانون آخر، وأخيراً أن يكون هنالك اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة؛ لأنه لو كان هنالك توافق لما يتصور التنازع لأن الحكم سيكون واحداً فيما لو أعطي الاختصاص لأي واحد منهما[3].

2.2.2 أساس التطبيق عن طريق منهاج التنازع

بعد أن تعرفنا على منهاج التنازع وآليته وذلك بالرجوع لقواعد الإسناد وتعرفنا على هذه الأخيرة، لا بد لنا في هذا المقام أن نتعرف على قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود

---

(1) الداودي، غالب علي،(2001)، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار وائل للنشر، عمان، ط3، ص66.

(2) إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص83.

(3) الداودي، غالب علي، ذات الموضع.

الدولية والتي أشار إليها المشرع الوطني في المادة (1/20) من القانون المدني الأردني وهي كأصل عام إرادة الأطراف.

وعلى هذا النحو لا بد لنا من بيان مفهوم مبدأ قانون الإرادة في مجال قانون التجارة الدولي على منازعات التجارة الدولية هذا من جهة ومن جهة أخرى لا بد لنا من معرفة أثر تطبيق قانون التجارة الدولية عن طريق منهاج التنازع.

أولاً: مبدأ قانون الإرادة:

عند الحديث عن الإرادة والوقوف عندها كضابط إسناد في العقود الدولية لا بد لنا من بيان هذا المبدأ.

يخضع العقد الدولي وكأصل عام لقانون الإرادة، وبذلك يحتل القانون الذي يختاره الطرفان الصدارة في تطبيقه على من عداه من قوانين أخرى قابلة للتطبيق على العقد موضوع النزاع، وهذا موقف المشرع الأردني شأنه شأن أغلب التشريعات[1].

يعتبر ضابط الإسناد في العقد الدولي ضابط قانوني غير واقعي ويتدخل المشرع لتحديد مفهومه، وعليه فإن الدور التي تقوم به إرادة الأطراف، وهو تعيين القانون الواجب التطبيق، فإذا كانت قاعدة الإسناد تقوم بتحديد قانون معين فهي ليست إلا عبارة عن إسناد العقد لقانون أو لقواعد قانونية معينة شريطة عدم معارضتها للنظام العام في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع والمختص بنظر المنازعة في شأن العقد[2].

تبين معنا في المبحث السابق أن القواعد القانونية الموضوعية لقانون التجارة الدولي والتي تشكل جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني لدولة القاضي تطبق مباشرةً ؛ أما تلك التي

---

[1] أنظر في ذلك نص المادة (20/أ) من القانون المدني الأردني، والمادة (19) من القانون المدني المصري، والمادة (20) من القانون المدني السوري، والمادة (59) من القانون المدني الكويتي، والمادة (25) من القانون المدني العراقي، والمادة (19) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] B.mercadal,(1976), أشار إليه سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص172 وما بعدها.

لا تشكل جزءاً من النظام القانوني لدولة القاضي فلا بد لتطبيقها أن يتفق عليها الأطراف بإرادتهم وهذا محور حديثنا.

لكن التساؤل الذي يثار في هذا المقام وهو هل يستطيع الأطراف اختيار قواعد قانون التجارة الدولي كقواعد دولية أم لا بد أن تكون هذه القواعد منتمية لدولة معينة؟!

للإجابة على هذا التساؤل ظهر في ميدان الفقه اتجاهين، الأول[1] ذهب إلى أن قواعد قانون التجارة الدولي لا تطبق إلا بصفة احتياطية، فهي عبارة عن قواعد مكملة للقواعد الوطنية، أي بمعنى آخر أنه لا يمكن للإرادة الاتفاق عليها؛ لأنها لا تنتمي لدولة معينة وإنما هي قواعد تجسدت في العقود النموذجية والأعراف والعادات الدولية المعمول بها في التجارة الدولية.

أما الاتجاه الثاني[2] فيقول أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يسمح للأطراف باختيار القواعد التي تحكم نزاعهم ولو كانت تلك القواعد لا تنتمي لدولة معينة.

ونحن بدورنا نؤيد الرأي القائل بأن للأطراف حرية اختيار قواعدهم القانونية التي تحكم نزاعهم ومن ضمنها قواعد قانون التجارة الدولي كوننا نتكلم في قواعد أصبحت تشكل في وقتنا الحاضر نظاماً قانونياً متكاملاً ويفترض العلم به شريطة أن لا تخالف النظام العام والآداب في دولة القاضي.

والأمر يختلف أمام قضاء التحكيم، حيث أمام هذا الأخير يجوز للأطراف اختيار قواعد لا تنتمي لقانون دولة معينة، كقواعد قانون التجارة الدولي، وسندنا في ذلك نص المادة (36/أ) من قانون التحكيم، والتي نصت على " **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان**".

ويلاحظ من خلال استقراء نص المادة أعلاه أن المشرع استخدم عبارة (القواعد القانونية) وحسناً فعل لأنه وإعمالاً للقاعدة القانونية التي تنص على أن " **المطلق يجري**

---

(1) أنظر في ذلك الاتجاه: الحجايا، نور حمد، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، ص70.

(2) M.de boisseson,(1990), مشار لدى: الحجايا، نور حمد، بنفس الموضع.

على إطلاقه"[1] ، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من اختيار الأطراف أمام هيئات التحكيم قواعد قانونية ليست من صنع دولة معينة[2].

وعودة لموقف المشرع الأردني من إرادة الأطراف حيث تنص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني على "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

والتعبير عن الإرادة لاختيار أي قانون واجب التطبيق على النزاع قد يكون صريح أو ضمني، فالتعبير الصريح لا يثير أية إشكال فحينها يكون للأطراف قد نصوا صراحة في عقدهم على اختيار قانون معين وليكن قانون التجارة الدولي، أما التعبير الضمني والذي يصعب تصوره في العقود الدولية لكن على فرض ثبوته فتسعى المحكمة للبحث عن هذه الإرادة من خلال أي تعبير ضمني عنها[3].

وباستقراء نص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني نجد أن المشرع الأردني قد وضع قاعدة إسناد أصلية وهي إرادة الأطراف وهنالك قواعد إسناد احتياطية تمثلت في قانون الموطن المشترك، وقانون محل إبرام العقد لتحل محل قاعدة الإسناد الأصلية في حالة عجز القاضي عن كشف إرادتهما لغموض فيها أو لعدم تحديد قانون ابتداء.

وبالتالي وإن لم يتمكن القاضي الوطني من تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي مباشرةً ، ولم يتفق إرادة الأطراف على تطبيقه فهنا ليس أمام القاضي إلا قواعد الإسناد الاحتياطية وفقاً للتسلسل المبين في المادة (1/20) من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق وحل النزاع المتعلق بعقد تجاري دولي على سبيل المثال، والتسلسل الذي أوردته المادة (1/20) من القانون المدني وذلك بعد غياب القانون المختار من قبل أطراف العلاقة باتفاق صريح أو ضمني هو:

---

[1] أنظر المادة (218) من القانون المدني الأردني.

[2] الحجايا، نور حمد، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، ص77.

[3] الهداوي، حسن، تنازع القوانين، ص156.

أ- قانون الموطن المشترك وذلك في حالة أن يكونوا متحدين موطناً.

ب-إذا اختلف الطرفان في الموطن سرى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

وبقي أن نشير إلا أن هنالك مسائل تخرج عن نطاق قانون الإرادة ومنها القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام[1]، وكذلك مسائل الأهلية[2]، والعقود المتعلقة بالعقار[3]، وكذلك لاعتبارات اقتصادية أو سياسية[4]، وأخيراً مسائل الميراث والوصية[5].

ثانياً: أثر تطبيق قانون التجارة الدولي عن طريق منهاج التنازع:

إن بعض قواعد قانون التجارة الدولي تفقد قوتها الملزمة وتصبح قاصرة عن التطبيق وبالتالي لا يستطيع القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه ودون وساطة وسيلة فنية يعرفها وتبرر بذات الوقت دخول تلك القواعد أمامه، وبالتالي حتى يتم تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على منازعة ما بشأن عقد دولي لا بد من اتفاق الأطراف ورضاهم صراحةً أو ضمناً وهذا ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بقاعدة الإسناد (إرادة الأطراف)[6] والتي سبق وأن تطرقنا إليها.

---

[1] أنظر المادة (29) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية "

[2] أنظر المادة (12) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

[3] أنظر المادة (20) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

[4] أنظر على سبيل المثال المادة (4/ب) من قانون العمل الأردني والتني تنص على "يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون".

[5] أنظر المادة (18) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

[6] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص418.

واقتضاء وجود قواعد الإسناد لتحديد حالات تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية لا يستخلص فقط بطريقة ضمنية، بل إن القائلين بوجوب التطبيق المباشر قد اعترفوا صراحة بضرورة وجود قاعدة إسناد حتى يمكن تطبيق تلك القواعد أمام القاضي الوطني، وهي عموماً إرادة الأطراف[1].

وأساس ذلك أن غالبية قواعد قانون التجارة الدولية ذات طابع مكمل مما يتيح للأطراف استبعادها والاتفاق صراحةً على ما يخالفها، ومن هنا يمكن لنا القول بأن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون آخر أمام القاضي الوطني يعد بمثابة استبعاد أحكام قانون التجارة الدولية ذات الطابع التكميلي[2].

وعليه فإن سكوت الأطراف على اختيار قانون داخلي قد لا يمنع القاضي من إعمال منهاج التنازع وإسناد الرابطة لقانون داخلي؛ وذلك لسد النقص المتصور في القانون التجاري الدولي، خاصة في المسائل التي يتعذر على القاضي أن يجد لها حلاً في المبادئ القانونية المشتركة، بل وإن هذا السكوت يفيد إرادة ضمنية يفهم من خلالها أنهم رغبوا وارتقبوا وتوقعوا تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية دون أن يعبروا عن ذلك صراحةً، وهذه الإرادة هي ذاتها قاعدة الإسناد، فالاعتراف الضمني بضرورة قاعد الإسناد كأساس لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية المتمثلة بإرادة الأطراف نستخلصه من خلال الحديث عن أدوات الرجوع أو الإحالة المباشرة وغير المباشرة إلى قواعد قانون التجارة الدولية، أو عن وجود هذه الأخيرة في وضع ثانوي أو مساعد خصوصاً إذا نظرنا إلى أن غالبية قواعد قانون التجارة الدولية – في وجهة نظرهم – ذات طابع مكمل مما يتيح للأفراد استبعادها أو الاتفاق على ما يخالفها وهو ما يفقد أحد شروط سريانها الذاتي[3].

---

(1) أنظر في هذا الرأي سلامة، أحمد عبد الكريم، ص430 والهامش ص 80.

(2) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، ص209.

(3) Chapelle,(1979), les fonctions de l'ordre public en Droit international prive, Paris مشار لدى سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص 422.

إن قواعد قانون التجارة الدولية قد تبدو قادرة على إقصاء تطبيق أو إعمال قاعد تنازع القوانين ولكن ذلك لا يكون إلا ظاهرياً فقط؛ وذلك لأن قابلية قاعدة معينة للتطبيق خصوصاً على روابط التجارة الدولية تتوافق مع نطاق صلاحيتها الرسمي للسريان[1].

إن إرادة الأطراف وفقاً لهذا الاتجاه هي شرط ضروري وإن كان غير كاف لتطبيق قانون التجارة الدولية من قبل سلطة الدولة، وعلى أية حال لا يستطيع القاضي أن يلجأ إليه مستنداً فقط على تركيز أو توطين موضوعي للعقد، فالقاضي لا يستطيع الفصل في القضية المعروضة على أساس القواعد الموضوعية إلا إذا كان الأطراف قد قرروا ذلك دون أن تفرض هذه القواعد نفسها على القاضي، بل تستمد قوتها وصفتها في التطبيق من إرادة الأطراف الذين يذعنون لها على الأقل في العقود الدولية[2].

إن حاجة قواعد قانون التجارة الدولية في هذه العقود لقاعدة الإسناد لا يعني أن تلك القواعد تدخل في منازعة مع القوانين الوطنية، بل يعني فقط أنها تستعير قواعد الإسناد من تلك القوانين كي تجد سنداً لتطبيقها، والتحليل القانوني للواقع العملي يؤيده، فالعقود النموذجية على سبيل المثال لا تجد تطبيقاً خارج الإطار الذي رسمته قاعدة الإسناد المتمثلة في إرادة الطرفين[3].

لكن وعلاوة على ما سبق فإنه يترتب على اتفاق إرادة الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي اعتبار نصوصه في حكم الشروط التعاقدية وبالتالي تعامل أمام القاضي الوطني معاملة الوقائع سواء من حيث الإثبات أو رقابة محكمة التمييز عليه وعليه يقع على عاتق الخصم التمسك بحكم هذه القواعد عبء إثباتها وتقديم الدليل على

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص422.

[2] سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص423.

[3] ويبدو أن هذا هو الراجح في بعض الحالات، مع ملاحظة أن هذه الإرادة أو الإسناد لم تغير من مضمون قاعدة القانون التجارة الدولية شيئاً؛ لأنها استخدمت كمبرر فقط في إطار كيان منهج القواعد الموضوعية للتجارة الدولية الذي يهدف إلى تطبيق القواعد الموضوعية وليس في إطار منهج قاعدة الإسناد وآليته فضلاً عن نتائجه الشاذة، للمزيد أنظر: سلامة، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، ص423.

حقيقة مضمونها هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن خطأ قاضي الموضوع في تفسير تلك القواعد يفلت من رقابة محكمة التمييز بوصفه مسألة موضوعية وكذلك فإن اتفاق الأطراف على هذه القواعد لا يمنع المتعاقدين من استبعاد أحكامها ولو تمتعت بالصفة الآمرة[1].

---

[1] صادق، هشام علي،(1968)، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ص491.

الخاتمة:

لقد تعرفنا من خلال هذه الدراسة على ماهية قواعد قانون التجارة الدولية وبيان خصائصه، وخلصنا إلى أن قانون التجارة الدولية قانون تلقائي النشأة ويتضمن قواعد نوعية، ومن ثم بينا مصادره والطبيعة القانونية لكل مصدر وفي مقدمتها الاتفاقيات الدولية والتي تعد أهم وعلى رأس هرم مصادر قانون التجارة الدولي.

ولقد بحثنا القيمة القانونية للاتفاقية الدولية وبخصوص الأردن وفي ظل الغياب الصريح يتبين لنا من خلال أحكام القضاء، فإن الاتفاقية تسمو على القوانين الداخلية.

ورأينا إلى أن الشروط العامة والعقود النموذجية تعتبر من مصادر القانون التجاري الدولي إلا أننا لا نمكن أن نقرر لها صفة القاعدة القانونية؛ وذلك لافتقارها صفة الإلزام.

وفيما يخص مدى اعتبار قانون التجارة الدولي نظاماً قانونياً، فأكدنا على أنه رغم اختلاف الفقه حول الطبيعة القانونية لهذه القواعد فإن الفقه الراجح أكد وبأسانيد قوية أنها تعد قواعد قانونية؛ وذلك لتوفر أوصاف القاعدة القانونية عموماً لهذه القواعد، وأنها تشكل في مجموعها نظاماً قانونياً جديداً مستقلاً عن النظم القانونية الوطنية الأخرى التي تحكم العلاقات الداخلية.

وكما رأينا أن الأصل هو التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولي واستندنا في ذلك لعدة أفكار فقهية وأسانيد قانونية متى ما كانت تتضمن قواعد موضوعية وتعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني لدولة القاضي.

ولما كان الأصل هو التطبيق المباشر إلا أنه ليس في جميع الأحوال يمكن للقاضي أن يطبق قانون التجارة الدولي تطبيقاً مباشراً؛ لأنه ليست جميع قواعد قانون التجارة الدولي تشكل قواعد موضوعية كما تبين معنا، فلا بد من اللجوء إلى منهج التنازع ونلتمس الحل في قواعده.

وفيما يتعلق بمنهاج التنازع تعرفنا على ماهيته وآليته وماهية قاعدة الإسناد وتعرفنا على خصائصها، ومن ثم رأينا دور إرادة الأطراف في اختيار قواعد قانون التجارة الدولي حيث نؤيد الاتجاه القائل باستطاعة الأطراف الاتفاق عليها على الرغم أنها لا تنتمي لدولة

معينة لأن العقد شريعة المتعاقدين، وأخيراً بينا الأثر المترتب على تطبيق قانون التجارة الدولي عن طريق منهاج التنازع.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج الآتية:

1- إن التعريفات التي قيلت بقانون التجارة الدولي اختلفت باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها إليه، والتعريف الذي نرجحه في هذا المقام هو مجموعة القواعد الموضوعية المستقاة من مصادرها المتعددة ويقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية.

2- بالنسبة للقيمة القانونية للاتفاقية الدولية وجدنا أن المشرع الدستوري الأردني لم يكن واضحاً كما كان نظيره في التشريع الفرنسي وكذلك المصري في تحديد مرتبة الاتفاقية الدولية بصورة جلية، إلا أن القضاء الأردني تطرق لتلك المسألة وأقر بمبدأ سمو الاتفاقية الدولية على القوانين الداخلية.

3- نتيجةً لعدم وجود تقنين موحد لقانون التجارة الدولي وتعدد مصادره بين اتفاقيات دولية وأعراف وعادات دولية؛ إلا أنه وبخصوص صفته الملزمة للقاضي تكون حسب مصدره.

4- إن العادات والأعراف الدولية وجدنا لها سند يبين مدى الزاميتها ويتمثل ذلك بنص المادة (1/103) من الدستور الأردني، وكذلك الأمر بالنسبة للمبادئ القانونية المشتركة وذلك وفقاً لنص المادة (25) من القانون الأردني.

5- الأصل وكما رأينا التطبيق المباشر لقواعد قانون التجارة الدولي وهذه هو رأي الفقه الراجح وعلى الرغم من ذلك لا يمكن لنا إهمال منهاج التنازع فيعتبر منهاج احتياطي أو مكمل.

6- إن اختيار قانون التجارة الدولي كقانون واجب التطبيق على العقد من قبل إرادة الأطراف يعد اختياراً مادياً وليس تنازعياً ، وبالتالي يعامل معاملة الوقائع.

التوصيات:

1- نتمنى على القاضي الوطني أن يطبق قواعد قانون التجارة الدولية مباشرةً وإن لم تشكل جزء من نظامه القانوني؛ وذلك تشجيعاً لحركة التجارة الدولية لاسيما أن هذا القانون عابر للقارات وسندنا في ذلك مبدأ سمو القواعد الدولية.

2- عدم توسع المشرع الوطني ودون داع في نطاق تطبيق قانونه بشأن المنازعات ذات الطابع الدولي؛ وذلك حرصاً على عدالة الحل المعطى لهذه النزاعات والذي يتأتى بتطبيق القانون الأكثر ملائمة وارتباطاً بها.

3- نتمنى على المشرع الدستوري إعادة النظر في صياغة المادة (33) وتوضيح المرتبة التي تتمتع بها الاتفاقية الدولية بالأردن على غرار المشرع الفرنسي والمصري.

4- نتمنى من الدولة الأردنية بعد انضمامها لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص أن توقع على جميع الاتفاقيات ذات التطبيق المباشر والتي تتضمن قواعد موضوعية وتتعلق بالتجارة الدولية، كاتفاقية فينا 1980.

5- ضرورة السماح للأطراف باختيار قانون التجارة الدولي للانطباق على منازعاتها وذلك إعمالاً لنص المادة (20) من القانون المدني الأردني، وهذا يعني ألا يقتصر دور إرادة الأطراف على اختيار القواعد القانونية التي تنتمي لدول بل يجب أن يتعدى الاختيار لقواعد قانون التجارة الدولي.

المراجع

إبراهيم، إبراهيم أحمد، (2002)، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر.

إبراهيم، علي، (1995)، **الوسيط في المعاهدات الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1.

إبراهيم، كمال،(1991)، **التحكيم التجاري الدولي وحتمية قانون التجارة الدولي**، دار الفكر العربي، ط1.

أبو النمر، أبو العلا، (2006)، **المختصر في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر .

أبو زيد، رضوان، (1998)، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر العربي، القاهرة.

جمال الدين، صلاح الدين محمد، **عقود الدولة لنقل التكنولوجيا**، (1993)، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس.

حبيب، ثروت، (1995)، **دراسة في قانون التجارة الدولية**، مع الاهتمام بالبيوع الدولية، مكتبة الجلاء للنشر، المنصورة، مصر، ط1.

الحجايا، نور حمد، (2011)، **القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم**، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (3)، العدد (3)، رجب، 1432، تموز 2011، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

حداد، حفيظة السيد،(2007)، **القانون الدولي الخاص**، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية.

حداد، حمزة، (1980)، **قانون التجارة الدولية**، عمان، الدار المتحدة للنشر، ط1.

الحمد، عوض الله، (1997)، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، مصر.

خالد، هشام، (2007)، **ماهية العقد الدولي**، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانوني والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

خير، عادل محمد، (1994)، **عقود البيع الدولي للبضائع وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي**، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة..

الداودي، غالب علي،(2001)، **القانون الدولي الخاص**، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار وائل للنشر، عمان، ط3.

درويش، محمد محسوب، **نشأة وتطور قانون التجارة الدولي**، دراسة تاريخية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة القاهرة.

رضوان، أبو زيد، (1993)، **قانون التجارة الدولية**، دراسة لفكرة LEX MERCATORIA ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون.

الرفاعي، أشرف عبد العليم،(1996)، **النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، دراسة في قضاء التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

سلامة، أحمد عبد الكريم، (1976)، **العقد الدولي الطليق**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.

سلامة، أحمد عبد الكريم، (1996)، **علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع**، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر،ط1.

سلامة، أحمد عبد الكريم،(2000)، **قانون العقد الدولي** (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1.

سلامة، أحمد عبد الكريم،(2000)، **القانون الدولي الخاص النوعي**، دار النهضة العربية، القاهرة،ط1.

الشرقاوي، محمود سمير،(1992)، **عقود التجارة الدولية**، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية.

شفيق، محسن، (1972)، **دراسة في قانون التجارة الدولية**، عمان، الدار المتحدة للنشر، ط1.

صادق، هشام علي، **تنازع القوانين**، (1972)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط2.

صادق، هشام علي،(1968)، **مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار المعارف، الإسكندرية، مصر.

صادق، هشام علي،(1995)، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

صادق، هشام علي،(2007)، **عقود التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.

الصدة، عبد المنعم فرج،(1994)، **أصول القانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية،ص11 .

الصغير، حسام الدين عبد الغني، (2001)، **تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

الطراونة، مصلح أحمد، (2001)، **قانون التجارة الدولية**، عمان، دار رند للنشر، ط1.

عبد الله، سامي، (1987)، **الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية**، دار العلوم العربية للنشر، بيروت.

عبد المجيد، منير، (1995)، **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص208.

عكاشة، عبد العال محمد،(2006)، **قانون العمليات المصرفية الدولية**، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، بيروت،ط1.

فرج، طرح البحور،(2000)، **تدويل العقد** ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

المصري، محمد وليد،(2002)، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، مكتبة إلحاق للنشر والتوزيع، عمان، ط1.

موسى، طالب حسن،(1997)، **الموجز في قانون التجارة الدولية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1.

المؤيد، محمد عبد الله، **منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي**، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، مصر.

الهداوي، حسن، (1993)، **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص**، دار مجدلاوي للنشر، عمان، ط1.

الموقع الالكتروني للأونسيترال http://www.uncitral.org/ .

نصوص الدستور الفرنسي المترجم بالعربية على الموقع الالكتروني http://www.conseil-constitutionnel.fr/ .

نصوص الدستور المصري على الموقع الالكتروني: http://faculty.ksu.edu.sa/ .

نصوص الدستور الأردني وقرارت المحاكم المشار إليها ونصوص المواد على الموقع الالكتروني: https://qistas.com .

المعلومات الشخصية

الاسم: إيهاب فهمي ريّان.

الكلية: الحقوق.

التخصص: ماجستير حقوق.

السنة: 2015.

هاتف رقم: 0797327197

البريد الالكتروني: Ihab.jo@hotmail.com